



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

HEITOR FARIAS SIQUEIRA LEITÃO

**PRECARIZAÇÃO DIREITO TRABALHISTA: Terceirização da Saúde e Reforma
Trabalhista frente a CRFB de 1988.**

Brasília

2019



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

HEITOR FARIAS SIQUEIRA LEITÃO

**PRECARIZAÇÃO DIREITO TRABALHISTA: Terceirização da Saúde e Reforma
Trabalhista frente a CRFB de 1988.**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito na Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professora e Dr.^a Talita Tatiana Dias Rampin.

Brasília

2019

HEITOR FARIAS SIQUEIRA LEITÃO

**PRECARIZAÇÃO DIREITO TRABALHISTA: Terceirização da Saúde e Reforma
Trabalhista frente a CRFB de 1988.**

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Talita Tatiana Dias Rampin (Orientadora – UnB)

Welliton Caixeta Maciel

Professor (a)

Isis Dantas Menezes Zornoff Taboas

Professor (a)

Brasília, 06 de dezembro de 2019

RESUMO

A presente pesquisa propôs-se a analisar o fenômeno da precarização do direito trabalhista, a partir do advento da terceirização enquanto forma de contratação e da reforma trabalhista de julho de 2017 no Brasil com a vigência da lei nº 13.467/2017, bem como da análise da possibilidade de realização dos Direitos Sociais do art. 7º, IV e da Ordem Econômica do art. 170, *caput*, III, ambos, da Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Numa abordagem ao Direito do Trabalho como instrumento independente e garantista da aplicação da norma jurídica trabalhista para a satisfação dos Direitos Sociais discutidos na pesquisa. Como problema tem-se: existe relação entre o advento da terceirização nas áreas fim e meio tendo como exemplo o setor da saúde e a reforma trabalhista de julho de 2017, considerando a precarização dos direitos trabalhistas e sociais garantidos na Constituição de 1988? A resposta à problemática da pesquisa foi construída, a partir da abordagem da análise da terceirização acontecida especificamente na SES/DF e da reforma trabalhista, considerando a responsabilidade social do Estado com a realização dos direitos sociais, a partir da análise da prestação desses serviços essenciais, em relação aos principais pontos positivos e/ou negativos apresentados neste processo triangular existente nesse modelo de prestação de serviços e suas consequências sobre todos os atores envolvidos. Fiz pesquisa qualitativa na doutrina, nas leis e jurisprudência para responder a problemática da proposta, bem como, em análise de manuais constitucionais e da legislação correspondente ao tema pesquisado. Esta pesquisa se justifica pelo fato de a terceirização numa perspectiva genérica trazer nefastas consequências para o trabalhador terceirizado e servidor efetivo e consequências benéficas em sua maioria para o empregador contratante ou contratado, no entanto, esta pesquisa propõe uma via que dialogue com a validade dessa relação trabalhista. Por fim chega-se ao entendimento que mesmo com o aval da terceirização da área fim pelo STF, até o presente momento os efeitos esperados não surtiram efeitos concretos, ou seja, baixa de custos para as empresas e geração de postos de trabalho.

Palavras-chaves: terceirização; garantias sociais fundamentais; direitos trabalhistas; precarização do trabalho.

Dedico este trabalho a meus pais consanguíneos e aos afetivos que adquiri ao longo dessa jornada, que contribuíram diretamente para meu sucesso nessa caminhada, também aos meus amigos de academia.

AGRADECIMENTOS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. O DIREITO DO TRABALHO E TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	09
1.1. Conceitos do Direito no cenário brasileiro	09
1.2. Da terceirização no contexto brasileiro.....	13
1.3. A função da social da propriedade privada na CRFB/88	16
2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	20
2.1. O Princípio da Dignidade Humana no Contexto Jurídico.....	21
2.2. Conceitos de Trabalho Digno da Pessoa Humana.....	22
2.3. O Trabalho Digno como um Direito Fundamental e a Lei nº 13.429 de 2017.....	25
2.4. O Trabalho e seu Valor no Contexto da Dignidade Humana.....	29
2.5. O Trabalho como Direito e Garantia Individual na CRFB de 1988.....	35
2.6. O Trabalho como Direito Social na Constituição de 1988.....	37
2.7. Direitos Sociais como cláusulas pétreas na CRFB/1988.....	40
2.8. Possibilidades e respectivas consequências da Flexibilização trabalhista.....	40
2.9. Limites ao Poder de Reforma.....	42
2.10. A problemática de não reformar.....	43
2.11. A problemática da tangibilidade.....	45
2.12. Os 31 anos da CRFB de 1988 & o Ativismo Judicial.....	47
2.13. Ordem econômica na CF de 1988 e o Princípio da reserva do possível.....	51
2.14. O Liberalismo e a Ordem Econômica na Constituição de 1988.....	53
2.15. O princípio da reserva do possível e o mínimo existencial.....	55
2.16. Possibilidade do Mínimo Existencial na Constituição de 1988.....	57
3. A REFORMA TRABALHISTA E IMPLICAÇÕES AOS DIREITOS TRABALHISTAS.....	61
3.1 Terceirização e implicações no setor da saúde pública.....	65
3.2 Expansão da terceirização na saúde do Distrito Federal e suas críticas.....	66
3.3 Forças políticas e jurídicas à favor da terceirização da saúde no Distrito Federal.....	67
CONCLUSÕES.....	68
BIBLIOGRAFIA.....	71

INTRODUÇÃO

Dentro do arcabouço do sistema jurídico brasileiro, mas especificamente relativo ao Direito do Trabalho, há o instituto que foi convencionado por “terceirização”, que segundo Gabriela Neves Delgado (2006)¹, pode ser analisado a partir da leitura da nova diretriz de contratação trabalhista sendo fruto de modelos clássicos de organização e gestão do trabalho, como também desregulamentação e flexibilização, do direito do trabalho no Brasil contemporâneo². Delgado (2006), em seu livro *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, apresenta a terceirização como uma diretriz na relação de trabalho em perspectivas contemporâneas e que é fruto do modelo ideológico Toyotista de organização e gestão do trabalho, hoje tão impregnado em nosso cotidiano, o que põe como uma justifica a desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil. Tendo por premissa esse conceito, o presente trabalho considerará a constitucionalização dos direitos sociais em perspectivas como garantias fundamentais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como, entre tantos, os princípios constitucionais fundamentais sociais em contraponto aos princípios gerais da ordem econômica explícitos e implícitos na carta magna. Nesse contexto tratar-se-á, também, da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, conhecida como a lei da “reforma trabalhista”, que para os sindicalistas e alguns juristas trabalhistas considerada como retrocesso e para empresas e poder Executivo um avanço em termos econômicos e garantias trabalhistas. Para tanto, considerar-se-á de um lado o princípio da possibilidade legal e o da função social da empresa, e de outro, em perspectiva axiológica, o valor do trabalho, o trabalho como um direito social e fundamental, e simultaneamente o trabalho como fomentador da dignidade humana, tudo para verificar a relação existente entre o que se convencionou chamar de “precarização do direito trabalhista” a partir do advento do trabalho terceirizado da área meio ou fim e da reforma trabalhista vigente, dentro do contexto das Leis e normas brasileiras. Cujo universo amostral considerou-se o trabalho terceirizado, devido a farta literatura acadêmica e jurisprudencial existente sobre o tema, bem como, aos recentes julgados do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade e suas implicações para a vida do trabalhador terceirizado. E neste contexto da relação de trabalho pugnando em quais seriam os reais prejuízos e/ou benefícios para o trabalhador, deve-se considerar as críticas e arguições na doutrina e jurisprudência brasileira sobre o tema. Partindo-se da

¹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. 256 pg. (BCE código 331;34 D352d)

² Idem.

aplicabilidade da Lei 13.429 de 2017, conhecida como a lei da terceirização, no contexto da relação de trabalho, ao que tange a imposição desta modalidade de contratação, do ponto de vista da sua relevância social, política e econômica para esta relação obreira, ficou decidido que era viável a implantação de uma terceirização das áreas fim e meio da empresa, sendo que esta reduziria custos empresariais e geraria grande quantidade de empregos. Além disso, busca-se também demonstrar como objetivos gerais a possibilidade da aplicação dos Princípios Constitucionais Sociais e Econômicos admitidos pelo Direito do Trabalho como via de segurança e garantia na relação trabalhista no Brasil, cujo fundamento seja a CRFB88, tomando como ponto de partida os artigos 7º, IV e 170, *caput*, III. Tem-se como objetivos específicos, em breve abordagem, mostra a principal possibilidade de atendimento das garantias sociais e a sociedade por lucro dos meios de produção, na relação de trabalho no cenário brasileiro, bem como a medida da participação do Estado Democrático de Direito por meio do Sistema Político/Jurídico do Brasil para a afirmação dessa relação trabalhista que não mais distingue atividade trabalhista da área meio e fim. É nesse contexto que esta pesquisa guarda importância ao considerar o cenário econômico, social e político do nosso país como justificativa ao instituto da terceirização do trabalho no âmbito da saúde do Distrito Federal; a pesquisa usada no caso do DF foi qualitativa, estudando leis constitutivas do Instituto que gere alguns hospitais nessa região. Por fim, chegar-se às conclusões possíveis a partir das discussões propostas nesta pesquisa. Corroborando com o tema que é tão atual sem maiores pretensões, quer-se contribuir de forma acadêmica para a construção da harmonia entre as garantias fundamentais assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a possibilidade de sua aplicabilidade na relação de trabalho no contexto brasileiro visando a terceirização da saúde como um todo.

1. O DIREITO DO TRABALHO E A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Antes de tudo é de bom conceituar o Direito do Trabalho, na intenção de limitar-se a abrangência desta pesquisa em conformação com os dados pesquisados e os possíveis resultados almejados. É nesse sentido que se apresenta no sistema do direito brasileiro, como o balizador das relações trabalhistas que para tanto lhe é reconhecida por diversos autores a autonomia em relação aos demais ramos, com natureza própria e funções exclusivas em dizer o direito³.

1.1 Conceitos do Direito do Trabalho no cenário brasileiro

Nesse contexto, o Direito do Trabalho apresenta-se na seara jurídica de forma especializada, para regular as relações jurídicas laborais da sociedade moderna. O estudo desse ramo do direito deve iniciar pela demonstração das suas características essenciais, proporcionando ao leitor a pronta visualização das especificidades próprias⁴.

Ainda, nesse mesmo sentido, é devido referendar que o Direito do Trabalho como um fato social e que se propõe a processar a relação advinda da atividade laboral dentro da sociedade brasileira, também se encontra em constantes evoluções, como visto nas leis, normativos e jurisprudências dos tribunais brasileiros, o Direito do Trabalho quedar-se a inúmeras alterações em sua natureza jurídica e alcance social, *in casu* o Decreto-Lei nº 200 de 1967, o Decreto nº 2.271 de 1997, a Lei nº 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário), a Lei nº 7.102/83 (Lei de Serviço de Vigilância) e sua ampliação pela Lei nº 8.863/94, a Lei nº 8.987/95 (Lei das Elétricas), e a Lei nº 9.472/97 (Lei das Telecomunicações), todas estas restringindo direitos trabalhistas e servindo aos anseios do capital, que para pacificar os litígios surgidos com essas normas o Tribunal Superior do Trabalho (TST) construiu a Súmula nº 331, que pôs termos aos litígios definindo que tipo de serviço estaria passivo de terceirizar, isto é, à época não se permitindo terceirizar, inicialmente, da atividade fim da empresa, o tribunal por 32 (trinta e dois) anos fez monitoramento e acompanhou esta relação da atividade meio e fim, portanto, pelo tempo de acompanhamento, tinha conhecimento profundo e voz de autoridade sobre o assunto.

Entre as mais profundas mudanças causadas pelas normas supracitadas, e para a consecução deste trabalho, tem-se a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que antes dela a Justiça

³ MAFRA., Francisco. Direito do Trabalho: conceito, características, divisão, autonomia, natureza, funções. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 28, abr 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=981>. Acesso em nov 2019.

⁴ Idem.

do Trabalho limitava a sua incidência, apenas, às causas no bojo da relação de emprego, unicamente dentro dos ditames da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Dessa forma com a vigência da Emenda Constitucional nº 45, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar todas as causas que possam surgir de uma relação de trabalho no contexto brasileiro⁵, podendo ser demanda individual ou coletiva. Portanto, com o advento da emenda nº 45 a justiça trabalhista passou a vigorar nos seus tribunais decisões sobre a pertinência ou não da terceirização, bem como as suas possibilidades e limitações nas relações trabalhistas brasileiras.

Nesse sentido, para melhor compreensão do que se propõe no presente trabalho, faz-se necessário a divisão do Direito do Trabalho na sua relação com as demandas individual e coletiva, qual seja sua característica intrínseca quanto a tutela dos direitos coletivos em uma perspectiva deste ramo do direito que se prestar aos interesses sociais e políticos do Estado.

Sendo essas demandas tuteladas pelo direito, seja os de natureza coletiva ou de direito individual, a primeira voltada para demandas de vários indivíduos em conjunto pleiteando direitos para uma dada categoria econômica ou trabalhista, a segunda voltada para o direito individual atinente a um indivíduo em particular buscando o reconhecimento do seu direito ou a reparação por ter-se violado.

Tal discussão tem guarida no ambiente acadêmico dos estudos do Direito Coletivo do Trabalho. Em que pese o conhecimento das formações das relações trabalhistas advindas do Estado Democrático de Direito e do surgimento dos Sindicatos como representação e de luta por direitos de classes de trabalhadores, que para Delgado (2006), no atual cenário brasileiro os sindicatos foram enfraquecidos para assegurar a precarização dos direitos trabalhistas.

Assim, este estudo ater-se-á ao direito coletivo, donde se extrai o instituto que foi convencionado dentro do sistema normativo jurídico pátrio por “terceirização”, que segundo Delgado (2006), pode ser analisado a partir da leitura da nova diretriz de contratação trabalhista que é fruto de modelos clássicos de organização e gestão do trabalho e demandas de interesses internacionais, ocasionando como consequências a desregulamentação e flexibilização dentre outros mais do Direito do Trabalho no Brasil contemporâneo⁶.

⁵ Idem.

⁶ DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2006. 256 pg. (BCE código 331;34 D352d)

Voltando a análise da natureza do Direito do Trabalho, como premissa para a consecução dos objetivos gerais desse estudo, apresentam-se características reconhecidas pela doutrina e jurisprudência de tal denominação “Direito do Trabalho”, para se reportar a imbricada relação jurídica no seio da relação trabalhista. Assim, segundo apresentado por Mafra⁷, tal denominação já é aceita com certa predominância na doutrina, jurisprudência, bem como nas leis e diplomas normativos. Mas o fato a ser considerado e não esquecido é que o Direito do Trabalho tem autonomia, características exclusivas e que o distingue dos demais ramos do direito⁸.

No mesmo sentido, o fundador do Tribunal Regional do Trabalho do Piauí, Francisco Meton Marques Lima, entende que são características do Direito do Trabalho como ramo especializado a “socialidade, imperatividade, protecionismo, coletivismo, justiça social, distribuição de riqueza”⁹. E sem dúvida nesse contexto tal entendimento visa a garantir o princípio constitucional da “continuidade do serviço público”.

Além disso, esse autor cita sabiamente Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, quando apresenta o conceito dessa denominação para esse ramo do direito como¹⁰, *in verbis*:

a) é um direito *in fieri*, um *werdendes Recht*, que tende cada vez mais a ampliar-se; b) trata-se de uma reivindicação de classe tuitivo por isso mesmo; c) é intervencionista, contra o dogma liberal da economia, por isso mesmo cogente, imperativo, irrenunciável; d) é de cunho nitidamente cosmopolita, internacional ou universal; e) os seus institutos mais típicos são de ordem coletiva ou socializante; f) é um direito de transição, para uma civilização em mudança.

Nestes termos tais assertivas lançam luzes aos objetivos específicos deste trabalho, no que tange ao fim último do Estado como um poder intervencionista, contrário a dogmática liberal da economia, dispondo de poder cogente, imperativo e irrenunciável, que serão tratadas nos devidos tópicos específicos.

Por fim, esse autor ainda de forma apropriada cita ao que aduz Alice Monteiro de Barros, sobre tais características e denominação do Direito do Trabalho, *in verbis*:

⁷ MAFRA., Francisco. Direito do Trabalho: conceito, características, divisão, autonomia, natureza, funções. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 28, abr 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=981>. Acesso em set 2018.

⁸ Idem.

^{9,10,11} Ibidem.

a) a tendência (...) à ampliação crescente; b) o fato de ser um direito (...) de reivindicação de classe; c) de cunho intervencionista; d) o caráter cosmopolita, isto é, influenciado pelas normas internacionais; e) o fato de os seus institutos jurídicos mais típicos serem de ordem coletiva ou socializante; f) o fato de ser um direito em transição¹¹.

Desta forma a doutrina majoritária reconhece o Direito do Trabalho como tendo características inerentes, sendo próprias de protecionismo e garantismo do trabalhador com a proteção estatal em sua função cogente de estabilização da relação jurídica trabalhista em nosso país.

Logo, ainda que se preste a regular as relações jurídicas no ambiente privado, também possui uma pertinência pública, principalmente quando o Estado de forma intervencionista através de determinadas políticas públicas institui normas e regulamentos visando regular a relação trabalhista, como no caso em a preço da terceirização.

Estas mutações nesse ramo do direito é prontamente explicado por Mafra, quando de forma contundente afirma ser o Direito do Trabalho um direito ainda em formação, por isso, tantas alterações em seu campo de aplicação, ou seja, relações trabalhistas que anteriormente não tinham guarida nesse direito agora passam a ter em um número cada vez maior de categorias dessa referida relação jurídica¹².

Além disso, o autor supracitado considera o Direito do Trabalho como um ramo do direito especializado na proteção do trabalhador contra os excessos do detentor do poder econômico na relação trabalhista. Isso é possível na medida em que esse ramo do direito se utiliza de normas e princípios, que segundo o já citado autor denomina de “dirigismo estatal”, este restringi a autonomia da vontade por meio das normas trabalhistas, impondo direitos subjetivos irrenunciáveis e limites jurídicos inegociáveis, bem como limitando assim a liberdade de contratar da classe trabalhadora em negociação com os exploradores da mão de obra¹³.

Considerando este contexto, é notório que o Direito do Trabalho tem por objetivo equalizar os sujeitos da relação trabalhista, mesmo que para isso considere o trabalhador em

^{12,13} Ibidem.

condição de inferioridade ante o empregador, ao ponto de estabelecer certos privilégios ao empregado. Tal como a interpretação da norma trabalhista mais favorável ao empregado¹⁴.

Cabe trazer o que o mestre Mafra colaciona na sua discussão sobre a natureza, conceito e funções do direito do trabalho, ao citar Robortella para esclarecer seu raciocínio e com isso encaminhar os objetivos gerais deste trabalho, sobre os fundamentos e a principal função do Direito do Trabalho, a de “impedir a exploração do trabalho humano como fonte de riqueza dos detentores do capital”¹⁵.

Por fim, tendo por premissa esses conceitos apresentados, resta pacificado na doutrina brasileira que o Direito do Trabalho se presta além de regular a relação de emprego, a proteção aos trabalhadores e a seus direitos, mantendo a sua dignidade na relação de trabalho. Entretanto, ainda que queira, este ramo do Direito não pode ser o salvador da pátria para determinar de forma unilateral que o art. 7º da CFRB de 1988, seja literalmente aplicados em detrimento dos ditames liberalistas também amparados no art. 170 da mesma Carta Magna do Brasil.

1.2 Da Terceirização no contexto Brasileiro

Em que pese o conhecimento das formações das relações trabalhistas advindas do Estado Democrático de Direito e do surgimento dos Sindicatos como representação e de luta por direitos de classes de trabalhadores, que para Delgado (2006) no atual cenário do nosso país os sindicatos foram enfraquecidos com a finalidade de se assegurar a precarização dos direitos trabalhistas em geral.

Este estudo ater-se-á ao direito coletivo, donde se extrai o instituto que foi convencionado dentro do sistema normativo jurídico pátrio por “terceirização”, que segundo Delgado (2006), pode ser analisado a partir da leitura da nova diretriz de contratação trabalhista

¹⁴ Idem. “O Direito do Trabalho não trata os sujeitos da relação laborativa como iguais, reconhecendo, na verdade, a inferioridade do trabalhador diante do empregador, razão pela qual cria privilégios ao primeiro, a favor de quem suas normas devem ser interpretadas, para assim poder diminuir, mediante a desigualdade jurídica criada, a desigualdade de fato existente.”

¹⁵ Idem. “Luiz Carlos Amorim Robortella, em seu texto “Terceirização: tendências em doutrina e jurisprudência”, explica que o Direito do Trabalho tem a função de organizar e disciplinar a economia, podendo ser concebido como verdadeiro instrumento da política econômica. Este ramo do Direito teria deixado de ser somente um direito da proteção do mais fraco para ser um direito de organização da produção. Ao invés de ser apenas direito de proteção do trabalhador e redistribuição da riqueza, converteu-se em direito da produção, com especial ênfase na regulação do mercado de trabalho.”

que é fruto de modelos clássicos de organização e gestão do trabalho, bem como gerando a desregulamentação e flexibilização, do direito do trabalho no Brasil contemporâneo¹⁶.

Nesta obra, a citada autora discute a existência de duas possibilidades de terceirização no cenário do Direito do Trabalho, uma atinente a "terceirização do serviço" e a outra dizendo respeito à "terceirização de atividades". Sendo, que aquela está relacionada "à terceirização para dentro da empresa" e essa última é relativo ao processo "para fora da empresa".¹⁷

No entanto, na presente pesquisa considerar-se-á a via da terceirização "irrestrita", tal como estabelecida na Lei 13.429/2017, que para a doutrina e jurisprudência foi palco de intenso debate no Tribunal Superior do Trabalho com a Súmula 331, que proibia a terceirização da atividade fim das empresas, bem como no Supremo Tribunal Federal em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e o Recurso Extraordinário (RE) nº 958252, com repercussão geral reconhecida, a maioria dos ministros votaram a favor da terceirização de atividade-fim, pacificando assim lides relativas a possibilidade ou não de ser lícita a terceirização em todas as atividades empresariais.¹⁸

Nesta nova perspectiva então Delgado chama a atenção para o fato de que em qualquer caso terceirizar é forma de "descentralizar certas atividades (e, inclusive, o vínculo empregatício) para outras empresas," que deverão responder aos ditames da atividade produtiva transferida, independente da condição de se tratar de outra empresa autônoma¹⁹, sob pena de configurar-se grupo econômico para todas as obrigações trabalhistas," o que implica em uma responsabilidade solidária dos entes patronais pelos créditos dos empregados."²⁰

A autora, na obra citada, persegue o entendimento "fenômeno que se realiza sob o comando do capital", entendendo que há a precarização da força de trabalho sim e a otimização das forças produtivas. Destacando os efeitos "econômicos, o empresarial e o sindical", como aspectos de uma evolução negativa do advento da terceirização.²¹

Portanto, a citada autora elenca como prejuízos trazidos pela terceirização o fato do "decréscimo no número de empregos formais com a empresa tomadora, [...], de maneira geral,

¹⁶ DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2006. 256 pg. (BCE código 331;34 D352d)

¹⁷ Idem. p. 185.

¹⁸ BRASIL. Notícias STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>>. Acesso em: 13/11/2019.

¹⁹ Art. 2º, § 2º, CLT. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

²⁰ DELGADO, Gabriela Neves. Obra já citada.

²¹ Idem. p. 187.

utilizam a subcontratação dos serviços." Desta forma temos um acréscimo do desemprego pela perda de vínculo com a empresa tomadora, pois "não conseguem inserir-se novamente no mercado de trabalho formal." Gera-se assim um processo de elevada rotatividade da mão-de-obra, "causando insegurança no emprego e insuflando sentimentos de individualização nas relações de trabalho." Observa-se ainda uma maior propensão a ocorrência de acidentes de trabalho e a precarização do próprio ambiente laboral, deve-se considerar também que empresas terceirizadas não oferecem as mesmas estruturas de segurança e higiene. Finaliza indicando que tais prejuízos aos trabalhadores não podem compensar fatos futuros, "social e culturalmente [...] vantagens econômicas."²²

Considerando este contexto, ensina Delgado, pode-se perceber que a terceirização de forma desproporcional favorece o capital em detrimento do trabalho. O que "coloca a terceirização em confronto direto com diversos princípios do Direito do Trabalho, o que a torna um instrumento absolutamente incoerente com a Ciência do Direito."²³ No mesmo sentido, é oportuno trazer à baila o que o professor Gerardo Alves Lima Filho (2017), compartilha como o tema: "10 (dez) razões que demonstram a inconstitucionalidade da terceirização irrestrita"²⁴. Aumentando ainda mais a polêmica das discussões sobre a legalidade dessa relação dada pelo STF no julgamentos dos processos já citados e da legalidade imposta pela reforma trabalhista. Nesse diapasão este professor discute a aprovação da Lei 4.302/1998, na Câmara dos Deputados, do ponto de vista dos "valores sociais do trabalho", que para ele, trata-se de um grande legado da Assembleia Nacional Constituinte "para o trabalhador", bem como está posto na CRFB de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo o trabalho um "direito social básico".

Nesse mesmo artigo ele discute o art. 170 da Constituição, trazendo como fundamento da "valorização do trabalho humano", cujo fim da ordem econômica é a realização, a todos, da existência digna "conforme os ditames da justiça social". Reforçando a ideia de que a função social da propriedade e da própria empresa só se alcança quando são respeitados direitos trabalhistas. Ao ponto de estabelecer que a base da Ordem Social da Constituição Cidadã está no "primado do trabalho" e no "bem-estar e na justiça sociais".

²² Idem. p. 188 e 189.

²³ Idem. p. 189.

²⁴ FILHO, Gerardo Alves Lima. 2017. 10 razões que demonstram a inconstitucionalidade da terceirização irrestrita. Disponível em: < <https://gerardoalveslimafilho.jusbrasil.com.br/artigos/444193699/10-razoes-que-demonstram-a-inconstitucionalidade-da-terceirizacao-irrestrita>>. Acesso em 15/11/2019.

O autor demonstrar também a possibilidade de "flexibilização do tradicional direito de propriedade em face de grave violação da legislação trabalhista", com fundamentos no art. 243, da Carta Magna, como sanção por atos violadores da proteção ao trabalho. Estabelecida os ditames de sua discussão assim conclui, *in verbis*:

Enfim, esse é o arcabouço normativo da Constituição de 1988 que demonstra a preocupação com a proteção ao trabalhador. Trata-se, portanto, do paradigma a ser utilizado para fins de aferição da constitucionalidade ou não do projeto de lei que trata da terceirização ampla recentemente aprovada no Congresso Nacional, bem como da sua adequação ou inadequação ao interesse público.

Ao considerar as diversas razões elencadas, como: quantidade de acidentes de trabalho dos terceirizados, permissão da “pejotização” que afasta a proteção trabalhista, imposição da responsabilidade subsidiária, prejuízos à representação sindical, redução de servidores públicos e mesmo com toda as previsões doutrinária e jurisprudencial contrária a aprovação dessa lei, ela foi aprovada e não vetada pelo Presidente da República, e contrariamente ao que expõe o professor, sobre a possibilidade do controle concentrado, a ação de inconstitucionalidade, restou em agosto de 2018, por decisão da maioria no STF, válida e com efeitos *erga omnes* em sua aplicação no poder Judiciário.

Via de consequência, os Direitos Sociais relativos ao trabalho digno e a prevalência dos direitos dos empregados face os direitos dos patrões, que até então tinha guarida constitucional por ser fundamental, quedou-se enfraquecido sem perspectivas de melhorias visto que os interesses hegemônicos do capital privado tem se mostrado cada vez mais influente e sedento por lucros crescentes.

Considerando todo o exposto, passar-se-á as abordagens simples, porém necessárias, a possibilidade da aplicação material dos direitos sociais presentes no demais ramos do direito, que trazem garantias sociais ao trabalhador brasileiro, possibilitados pelo advento do Estado Democrático de Direito.

1.3 A função social da propriedade privada na Constituição Brasileira de 1988.

Para o bem deste trabalho e reforço autoral dar-se-á apreço de forma perfunctória ao que a mestre Frazão no livro Estudos de Direito Público²⁵, aduz sobre a constitucionalização da função social da propriedade.

Antes de tudo, é relevante essa pequena apresentação para compilar as diretrizes dessa monografia, visto que, é no seio da propriedade privada que se discute a relação trabalhista conhecida por terceirização. Daí também a discussão sobre se o Direito do Trabalho é ramo do direito privado ou do direito público, como já demonstrado anteriormente, considerar-se-á nesta pesquisa como ramo de direito privado, porém com força cogente quando ao interesse público para regular as relações trabalhistas.

Assim sendo, a função social da propriedade é presente, ainda que não expressamente, desde a Constituição Imperial, que estabelecia a propriedade em toda plenitude. Mas foi na Constituição de 1891 que foi introduzido o "salvo", para estabelecer a desapropriação da propriedade privada por necessidade ou utilidade pública. No mesmo sentido a Constituição de 1934, previa que a garantida da propriedade só poderia ser alegada em causa que não fosse contra o interesse social ou coletivo²⁶.

No mesmo sentido, a Constituição de 1946 expressamente declara que a propriedade privada está condicionada ao "bem-estar social", além disso aduz que é dever da lei promover a redistribuição da propriedade privada com igual oportunidade para todos²⁷.

No entanto, segundo a autora, foi a Constituição de 1967 com a Emenda de 1969 que pela primeira vez a expressão "função social da propriedade" foi cunhada no texto constitucional, ainda que já era de conhecimento como um princípio na ordem econômica, mas até então não tinha previsão nas garantias fundamentais do cidadão²⁸.

Por fim, sem esgotar o tema, a Constituição de 1988, que segundo Frazão, apresenta a "função social da propriedade" além de ser princípio da ordem econômica do art. 170, III, também se encontra no rol dos "direitos fundamentais do cidadão" no art. 5º, XXII²⁹ da mesma

²⁵ SILVA, Alexandre Vitorino da, (et. Al). 2003. Estudos de direito público: direitos fundamentais e estado democrático do direito. Porto Alegre: Síntese, 2003, 275 p. ISBN: 85-88680-33-5 (Cadastro Biblioteca – 342 (81) S586e.

²⁶ Idem. p. 49.

²⁷ Idem. p. 49. "a lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos".

^{28,29} Ibidem. p. 50.

CRFB/1988, denominação cunhada devido aos inúmeros direitos sociais incluídas em sua formatação popular em 1987.

Considerando este exposto, deve-se ter como corolário nas constituições brasileiras a condição da propriedade privada como para o atendimento último do ser social, o que leva a aceitação da máxima de que o interesse social coletivo é grau superior dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

É nesse contexto que a professora Ana Frazão na obra citada, ensina que existem basicamente três posições na doutrina pátria sobre a função social da propriedade. Quais sejam: os que aceitam uma visão utópica e "inconciliável com a propriedade privada"; os que aceitam a existência apenas de uma imposição de "limites negativos" que impõe proibição de abusos no exercício da propriedade; e os que aceitam que além dos limites negativos, existe a exigência da atuação "positiva" para o bem do interesse social³⁰.

Segundo a autora, Orlando Gomes faz parte dos que veem a função social da propriedade como uma "profunda hipocrisia", que apenas serve para camuflar a verdadeira natureza da propriedade capitalista³¹.

Para ela estão na segunda corrente, que aceitam que a função social tem condão apenas de impor certos limites ao exercício da propriedade, não alterando assim a estrutura do direito, Caio Mário da Silva Pereira, Fachin, Burruffini e Celso Ribeiro de Bastos, quanto a este último ela destaca que seu entendimento é de que existe implicação de um limite visando a coibir exclusivamente os "casos extremos de abuso", que possam interferirem na ordem jurídica³².

Quanto a última corrente, a douta professora de forma conclusiva, coloca inúmeros autores que comungam dessa corrente de que existe limitação externo à propriedade, mas também uma restrição que altera a própria estrutura do direito, estabelecendo obrigação do proprietário segundo os fins sociais atinentes. Isto é, o titular da propriedade privada tem uma obrigação ativa na realização dos fins sociais, gerando assim a "transformação positiva"³³.

Em discussão, Frazão aduz que a "única posição compatível com a Constituição Federal é a de que a função social impõe para o proprietário deveres positivos em prol do interesse

^{30,31} Ibidem. p. 51.

³² Idem. p. 51.

³³ Idem. p. 52. "dentre os quais as de José Diniz de Moraes, Godinho, Marise Cavalcanti, Giordani e Chalhub." (...), "encontram-se Eduardo Espínola, Celso Antonio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Gustavo Tepedino, Eros Grau e Fábio Konder Comparato."

social e não somente abstenções." No mesmo sentido, ensina que é próprio da função social além do disposto na Constituição, também o que consta nos princípios constitucionais que versam sobre a dignidade da pessoa humana e do estabelecimento de uma "sociedade justa e solidária." Portanto, a função social da propriedade modifica a estrutura do direito, passando assim a ter um objetivo de promover o interesse social na construção de uma "sociedade justa e solidária", bem como "obrigações positivas em favor da coletividade."³⁴

Assim sendo, não obstante a discussões se dar no contexto do Direito Civil, objeto da autora em apreço, de forma subsidiária e por analogia, demonstra-se que ao Direito do Trabalho também é válida a aplicação dos princípios dos demais ramos do direito como o Constitucional e Cível, para justificar que os princípios da função social da propriedade privada deve ser contemplado na relação trabalhista. Isto é, o proprietário dos meios de produção (capital/obreiro econômico) deve atuar de forma positiva em favor da coletividade e assim promover o interesse social para se ter uma sociedade mais justa e solidária.

Por fim, resta claro que a função da propriedade atualmente entendida, deve ser sopesada conjuntamente aos interesses da livre iniciativa privada e às políticas públicas, que contemporaneamente vem sendo sempre pendente ao capital privado. Entretanto, é função do Estado brasileiro por ser um Estado Democrático de Direito, atentar para a coletividade como um todo, sem discriminação e privilégios, de modo imparcial, assim, poder-se-ia equilibrar o lucro ao capital privado mantendo ao trabalhador a possibilidade do disposto no art. 7º da CFRB de 1988, ao menos a condição digna ao trabalho.

Nesse sentido e para somar aos conceitos apresentados, devemos considerar a possibilidade da aplicação material dos direitos sociais presentes na Constituição da República do Brasil de 1988, que trouxe garantias sociais elevadas ao patamar de fundamentais ao trabalhador brasileiro, possibilitados pelo advento do Estado Democrático de Direito, sem desconsiderar é claro os direitos individuais presentes vindos do estado liberal, onde nosso país deixou de vivenciar devido a tardia entrada no capitalismo enquanto sistema de produção. O que se visa discutir a partir do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do ponto de vista da implicação na relação trabalhista presente.

³⁴ Ibidem. pp. 52 e 53.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A discussão sobre o tema da dignidade da pessoa humana tem ganhado enfoque no sistema jurídico brasileiro, seja pelas demandas postas ao judiciário, que tem por responsabilidade dizer o que é ou quando se aplica esse conceito tão denso, ou seja pela política nacional de valorização da dignidade da pessoa como direito e ser protegido, ou seja pela doutrina que tem despendido inúmeras obras discutindo a aplicação do conceito estendido à todos.

Assim a doutrina ensina que a Constituição da República Federativa do Brasil seguiu a da Alemanha ao contemplar expressamente a dignidade da pessoa humana ao patamar dos princípios fundamentais da nossa República. No entanto, segundo o autor, a doutrina e a jurisprudência reduzem a um plano inferior este tema. Que para tanto, constata-se citando declaração de 1998 do atualmente Ministro do STF, Luís Roberto Barroso³⁵.

Mas a abordagem desse tema guarda suas complexidades devido ao fato de o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana guardar em si mesma grande "carga valorativa". Porém, essa dificuldade não deve impedir a discussão acadêmica sobre esse tema, visto que faz parte do nosso conteúdo diário, mesmo que se a tenha a uma parte do seu todo, ao menos demonstrar a sua importância no aprendizado jurídico e para a política do ocidente³⁶. O mesmo autor, em discussões iniciais esclarece que tal assunto tem destaque na Constituição brasileira, ainda mais por estar em comum acordo com o Estado Democrático de Direito, ao ponto em que o atual momento da democracia ocidental contemporânea só ser viável por guardar íntima relação com a dignidade da pessoa humana³⁷.

Segundo Lopes ao apresentar a "perspectivas históricas" sobre esse tema, de forma brilhante apresenta a redação do art. 1º, I, da Carta Fundamental de Bonn da Alemanha Ocidental, que após a 2ª Guerra Mundial, devido os prejuízos irreparáveis a vidas de seres humanos em defesa dos seus Estados, positivou-se que é inviolável a dignidade da pessoa humana, e que

³⁵ Idem. p. 193. "O seguinte trecho de LUÍS ROBERTO BARROSO (1998:296) é exemplificativo da postura da doutrina e da jurisprudência acerca do tema: "Dignidade da pessoa é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormi ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana".

^{36, 37} Ibidem. p. 194.

respeitá-la e protegê-la é dever de todos os "Poderes estatais"³⁸. Além disso, ele assevera, que o tratamento desse princípio no texto constitucional é repudiar que a dignidade da pessoa seja relativizada, comum nos períodos beligerantes e período histórico totalitário³⁹.

Concluindo, arrematando esses termos iniciais, o autor cita o art. 1º da Declaração Universal do Direitos Humanos de 1948, que diante de sentimentos ainda recentes dos efeitos da 2ª Guerra Mundial, vários estados acordaram em estabelecer a "vocação universalista da dignidade da pessoa humana", nela ficou estabelecido que "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos"⁴⁰.

2.1 O Princípio da Dignidade Humana no Contexto Jurídico

Seguindo o que escreve Lopes, agora quando ensina sobre o ponto de vista do "conteúdo jurídico"⁴¹ da dignidade humana,   possível um aprofundamento nesse tema, imprescindível para a consecução do objetivo deste trabalho, visto que,   nesse imbricado meio jurídico que versa os resultados pretendidos nessa pesquisa.

Nesse sentido esse autor apresenta a classifica o em Kant em cuja obra Fundamenta o da Metafísica dos Costumes,   possível abstrair o conteúdo jurídico da dignidade humana⁴², no entanto, para este trabalho, será analisado apenas a ponto sistematizado por Kant como "a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundamental e absoluto" e "indisponível".

Conforme bem ensina Othon de Azevedo Lopes, o sentido último da positiva o do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana   o de excluir da presta o jurisdicional toda e qualquer possibilidade de relativiza o ou reducionismo do ser humano como um ser possuidor de direitos universais, indisponíveis e absolutos ao que tange a dignidade humana⁴³.

Nesse mesmo sentido, o autor apresenta que em Kant o homem deve ser entendido como "um fim em si mesmo", e não se deve "coisificar o homem", este fato nos permiti o entendimento de que o sistema jurídico não deve conceber a "relativiza o" e que seja assim

³⁸ Idem. p. 199. "(...): "A dignidade da pessoa humana   inviolável. Respeitá-la e protege-la   a obriga o de todos os Poderes estatais".

^{39,40} Ibidem. p. 200.

^{41,42} Ibidem. p. 204.

⁴³ Idem. p. 206.

atribuído preço a pessoa em sua dignidade. Devendo ser estabelecido tal condição como um "princípio supremo"⁴⁴.

Cabe ainda a discussão apresentada pelo autor sobre conflitos de princípios ou de direitos, como a teoria da ponderação, proporção e relativização, muito presentes nesse meio⁴⁵.

No entanto acredita que em se tratando da dignidade humana por sua essência absoluta não cabe na ponderação ou relativização. Tendo em vista que atribuir valor ou relativizá-lo é o mesmo que esvaziar a pessoa de toda sua dignidade, o que pode inviabilizar a própria existência desse princípio⁴⁶ dotado de vital importância.

Por fim, o autor apresenta à luz do art. 60, § 4º, IV da CRFB/1988, os direitos elencados como "direitos e garantias individuais", elevados ao patamar de cláusulas pétreas, posto que não podem ser objeto de deliberação de Emenda Constitucional, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana goza de "um núcleo de direitos inafastáveis."⁴⁷

Sobre o tema das cláusulas pétreas, conceitos e aplicações no direito do trabalho, será melhor tratado no capítulo subsequente, que é de suma importância para as conclusões desta pesquisa.

Pode-se trazer também a essa discussão, elementar para essa pesquisa, o que se tem entendido por precarização dos direitos trabalhistas, tão explicitados nas academias e por parte da doutrina quanto ao advento da terceirização nos moldes em que foi implantada no Brasil. Ou seja, ainda que se pareça um vislumbre acadêmico ou condição do imaginário, vale ponderar que o valor do salário mínimo guarda a condição maior em proporcionar ao trabalhador, mesmo que na condição de terceirizado, condições dignas defendidas pela constituição brasileira e pela doutrina acadêmica, e, portanto, é dever do Estado garantir e viabilizar a sua realização plena. Desta maneira, seguindo Delgado, passar-se-á a discussão do fundamento constitucional "ao trabalho digno".

2.2 Conceitos de Trabalho Digno da Pessoa Humana

⁴⁴ Idem. p. 206. "(...), o homem como sujeito define um núcleo de direitos intocáveis e, por isso, absolutos. Ser sujeito de direitos é, de tal forma, criar uma esfera intangível."

^{45,46} Ibidem. p. 207.

⁴⁷ Idem. p. 201. "(...), um princípio supremo e absoluto que define uma esfera indisponível de direitos, não podendo ser objeto de ponderação e relativização, mostrando-se sim como um ponto central para o posicionamento e sopesamentos de todos os outros direitos e princípios jurídicos. A dignidade da pessoa humana é, por isso, um referencial jurídico fundamental."

Por dignidade da pessoa humana entende-se que é um bem esperado pelo trabalhador na relação de emprego, sendo esta submetida no contrato de trabalho, bem como que é função do Estado, dos meios de produção e de todos as pessoas pautarem-se de forma positivamente pela promoção do respeito ao próximo.

Nesse sentido, temos discussões profícuas trazidas por Gabriela Neves Delgado⁴⁸, em sua obra "Direito fundamental ao trabalho digno"⁴⁹, que apresenta discussões importantes para o tema sobre a dignidade da pessoa humana no contexto da relação trabalhista é posta. É oportuno apresentar o que essa autora, em termos introdutórios, contextualiza para o Estado Social de Direito, como sendo a esfera capaz de oferecer diretrizes a relação de emprego de forma a garantir e preservar um ambiente de favorecimento às demandas do ente obreiro⁵⁰.

Essa possibilidade ocorreu no contexto das crises do capitalismo ao longo de sua história, a autora apresenta as diversas vezes em que os meios de produção precisaram encontrar mecanismos políticos sociais para então saírem de crises provocadas por eles mesmos, gerando intervenção efetiva do Estado na economia. Uma dessas consequências foi o não cabimento da relação de trabalho que via o obreiro como um mero instrumento de trabalho, mas, sim como o meio pelo qual a pessoa se realiza, pela valorização humana, como um ser social participante da construção da riqueza da sua economia, por via do seu trabalho⁵¹.

Além disso, a autora discute a condição da articulação do Direito Fundamental ao trabalho digno, como sendo possível por meio da regulamentação jurídica⁵². Tal possibilidade pode ser entendida como a intervenção ativa do Estado para a satisfação do ser social obreiro nas relações trabalhistas, quando constitui leis e normas limitando a atuação do poder patronal em sua condição bem superior ao trabalhador, ou quando vem a restringir direitos vinculados à condição de trabalho digno.

Seguindo a ordem apresentada pela autora, é de suma importância o que aduz sobre o Estado como a dimensão ideal da consecução dos direitos sociais nesse contexto.

Assim, a autora faz referências a vários autores e seus conceitos de Estado discutindo o Estado enquanto ente soberano seus poderes e deveres, trabalhando cada elemento do

⁴⁸ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. 256 pg. (BCE código 331;34 D352d)

^{49,50,51,52} Ibidem.

conceito jurídico de Estado como sendo a soberania, o território, e o povo, descrevendo que o objeto de interesse do Estado sofreu mutações ao longo da história, porém, nesse novo contexto, o Estado deve atuar para o bem dos que verdadeiramente são os constituintes do poder e garantir-lhes direitos contra a ordem permanente dos fatores de produção, *in verbis*:

Na realidade, se o povo é a razão de ser do Estado, compete ao Estado garantir-lhe amplitude de direitos. Em razão dessa diretriz é que Muller define o povo como o "(...) sustentáculo de fundamentação das democracias. p. 39.

Em outras palavras, cabe ao Estado Democrático de Direito, a partir de uma ótica representativa, participativa e pluralista, assegurar ao povo a totalidade de direitos declarados no ordenamento jurídico constitucional. p. 39.⁵³

Tal garantia estatal em prol da população obreira não é tão fácil de seguir, visto que, a ordem estabelecida por ela definida como "nova ordem global", apresenta entraves difíceis de superação, já que os que as aceitam são bem vistos e até recebem os benefícios dessa condição, porém os que as rejeitam estão alijados do capital e portando dos benefícios dessa nova ordem, *in verbis*:

Na realidade, a ordem global instaurada promove um sistema paradoxal e de exclusão de direitos, conforme sustenta Baganha: aquele que se integram aos mercados globais estão incluídos no sistema e, portanto, podem usufruir amplamente de direitos; aqueles que não se integram na ordem global são taxados como excluídos, "(...) podendo mesmo ser-lhes vedado o acesso a quaisquer direitos". "Enfim, pode-se afirmar que em tempos de globalização, há uma inversão de prerrogativa: o povo deixa de ser a razão para a qual o Estado se constitui e se direciona, transformando-se o fator econômico em sua razão de ser.⁵⁴

Além disso, a autora ao discutir a finalidade do Estado contemporâneo, fundamenta o Estado Democrático de Direito ao longo da história, buscando nos princípios históricos, lógicos e de valores sociais, ao fim de estabelecer ao Estado a dimensão real que pode ser entendido como empíricas⁵⁵.

Tal concepção histórica da noção de Estado, tem a ver com as faces do que foi nominado de que é o Estado nos diversos períodos da História como o Estado Liberal de Direito até o Estado Social de Direito, estabeleceu paradigmas que já foram alterados e os que ainda

^{53,54,55} Ibidem.

precisam ser superados pelo estabelecimento do Estado Democrático de Direitos⁵⁶ que estabiliza a tensão entre Estado Liberal, pautado pelo individualismo e o Estado Democrático com viés paternalista.

2.3 O Trabalho Digno como um Direito Fundamental e a Lei nº 13.429 de 2017.

Numa perspectiva filosófica, a autora navegando pela doutrina compartilha o que entende ser o período "importância enquanto fonte do saber humano". Dessa forma, comentando Bataglia, escreve que o saber filosófico possibilita que se navegue para o entendimento sobre a condição do trabalho como formação do homem, bem como a sua destinação e finalidade⁵⁷.

De forma brilhante, Delgado afirma após sua análise sobre as considerações de Bataglia em termos filosóficos que o trabalho além da sua importância para a formação e afirmação do homem, também aduz sobre a carência de uma "construção dogmática ao identificá-lo", tal como um dever e um direito fundamental.⁵⁸

Além disso, a autora ainda em referência a Salgado, pondera que a devida proteção trazida pelo direito fundamental ao trabalho digno acaba por proporcionar benefícios diversos, inclusive o desenvolvimento do Estado. Apontando, dessa feita, que "é o trabalho o "centro convergente dos direitos sociais"". ⁵⁹

No entanto é devida a preocupação da autora quando apresenta o que Salgado ensina, para esclarecer que "o direito fundamental ao trabalho digno não pode ser confundido com o direito de trabalhar". Nem tão pouco com a possibilidade de o trabalhador escolher um dado trabalho, por ser tal possibilidade da seara da liberdade como faculdade inerente ao ser humano⁶⁰.

Deste modo infere-se mais ainda a responsabilidade estatal por sua política pública e intervenção no domínio social e econômico de assegurar a melhor condição de trabalho e o pleno emprego, não em termos teleológicos, mas sim em termos práticos que todo o cidadão ainda que não possa ver-se a possibilidade de escolher onde e com o que trabalhar lhes seja garantido onde quer que trabalhe condições de trabalho e de renda que contemplem suas necessidades básicas e de toda a família.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem. p. 69.

⁵⁸ Idem. p. 70.

⁵⁹ Idem. p. 71.

⁶⁰ Idem. p. 71.

Diante desse contexto é de notório conhecimento que o Estado é o fomentador do crescimento econômico e de política social, o que resulta em arrecadação crescente ao erário público e benefícios sociais aos cidadãos. Também é de conhecimento geral que o Estado por suas políticas de incentivos fiscais acaba por isentar ou suspender cobranças de tributos para atender a um fim específico e determinado, que nem sempre se reverte em benefícios aos cidadãos como deveria ser.

Prova disso é o que se tem visto, nestes tempos, sobre inúmeros benefícios tributários concedidos pelo Estado enquanto fomento aos meios de produção, como é o caso das montadoras de veículos que em 2018, tiveram benefícios fiscais que montam as cifras dos bilhões em detrimento dos cofres públicos, totalmente contrário ao que se tem pregado pelo Governo de que o erário está sem fundos para saldar as despesas, conforme noticiou-se no site do G1.com.br, em novembro de 2018, *in verbis*:

Depois de quase 1 ano de espera, as montadoras comemoram a aprovação do Rota 2030 [...] Entre os temas contemplados do programa estão eficiência energética e segurança dos veículos.⁶¹ (g.n)

Cabendo uma ponderação sobre a tal "eficiência energética e segurança dos veículos", visto que, existe o entendimento de que tais condições são condições de sobrevivência de qualquer empresa, e não podendo ser objeto para concessão de incentivos fiscais.

É nesse ponto que esta pesquisa tem interesse em discutir em que medida o Estado poderia despender incentivos fiscais, sem comprometer a arrecadação para sua manutenção e subsistência, ao ponto de incentivar o maior salário mínimo possível que atendesse a todos os elementos, de forma mínima aceitável, conforme dispostos no art. 7º da CRFB de 1988.

Portanto, entende-se, de forma superficial, essa possibilidade quando o Estado se comprometer com os princípios atinentes a administração pública, especialmente o da moralidade, impessoalidade e o da eficiência, e aos ditames do interesse da coletividade em detrimento dos interesses escusos individuais de uma classe apenas ou pessoas jurídicas determinadas.

Em termos históricos constitucionais, Delgado apresenta a Constituição Brasileira de 1934, como a que apresentou diversas novidades, especialmente no que tange a leis

⁶¹ GALGARO, Fernanda e VIVAS, Fernanda. G1 e TV Globo - Brasília. 07/11/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/07/camara-aprova-texto-base-da-mp-que-cria-programa-de-incentivos-ao-setor-automotivo.ghtml>>. Acessado em: 09/11/19.

instituidoras dos direitos sociais, bem como, pioneiramente, permitiu se ter na Constituição normas jurídicas atinentes de cunho econômico e social⁶².

A autora pondera sobre a curta vida desses direitos, visto que o Brasil já vivenciou os piores dias de sua existência em termos de direitos e liberdades, dias esses conhecidos por Estado Novo, tempos de "recessão democrática", e estado de sítio decretado pelo Governo Vargas⁶³.

Desses tempos até a promulgação da Constituição de 1988, a nação brasileira esteve sob temores pela ausência de liberdade e de direitos plenos, com breves momentos de ânimo tais como no pós 2ª Grande Guerra mundial, mas somente com a Carta Magna de 1988, que se pode definir em termos constitucionais como uma Carta Cidadã, posto que nela estão contemplados "os direitos e garantidas individuais", bem como as "cláusula pétreas", como já bem conceituado neste trabalho, expresso no art. 60, §4º, IV desta CRFB.

É nesse sentido que se discute presente pesquisa, a possibilidade de atendimento dos "direitos e garantidas individuais", o "Salário" que contemple ao disposto no art. 7º, IV da Lei Maior do Brasil, como sendo cláusulas pétreas, portanto, excluídos da condição da Reserva do Possível ou Reserva Legal, bem como se seu atendimento tal como expresso pelo constituintes originário na Constituição fere o Princípio da Ordem Econômica.

Segundo Delgado, foi com a Constituição de 1988, que se deu destaque para o trabalho como condição precípua a "dignidade da pessoa humana, justiça social e valor social do trabalho".⁶⁴

Além disso, a Constituição apresenta diversas dimensões "ao princípio da dignidade", conforme os dispostos no art. 170, que assevera ser obrigação da ordem econômica garantir a todos a existência digna; além disso o art. 193, imprime condição a ordem social para cumprir os objetivos como: "o bem-estar e a justiça social".⁶⁵

⁶² Idem. p. 74. "Prescreveu normas heterônomas trabalhistas, garantido o direito ao salário mínimo, á isonomia salarial à jornada diária de oito horas de trabalho repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, proibição de trabalho noturno para os menores de quatorze anos, proibição de trabalho insalubre para menores de dezoito anos e para as mulheres, entre outros. Além disso, no plano do Direito Coletivo, instituiu, a pluralidade e a autonomia sindicais. (83)"

⁶³ Idem. p. 75.

⁶⁴ Idem. p.79. "(...). Tido como "(...) um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem"(SILVA, 2000), (...)"

⁶⁵ Idem. p. 79.

Destarte, a autora comunga que está posto como fundamentos da República Federativa do Brasil, "o valor social do trabalho", que serve como parâmetro ou diretriz para o conjunto da sociedade, bem como para o Estado por suas políticas atinentes aos seres humanos. Sendo que a própria Constituição fixa "conteúdo para o Direito, para a sociedade e para o próprio Estado em torno do valor trabalho."⁶⁶

Neste tema, Delgado ensina que dentro das principais conquistas sociais, existe a proibição da diferença de salários, entre outras vedações que causam distinções. Especificamente ao tema, em nota de rodapé, ela apresenta os novos ditames do Direito do Trabalho, *in verbis*:

[...] o Direito do Trabalho brasileiro passa por permanentes processos de questionamentos em face dos fenômenos da desregulamentação e da flexibilização dos direitos trabalhistas, que vêm incentivando a normatização autônoma privatística, em franco benefício do mercado. O referido período tem um de seus marcos na Constituição Federal de 1988, vez que essa Carta produziu alterações importantes no Direito do Trabalho, em especial no que diz respeito à possibilidade jurídica de certa flexibilização do contrato de trabalho, por meio da negociação coletiva, particularmente no tocante aos temas dos salário e da jornada laborativa (art. 7º, VI, XIII e XIV, CRFB/88).

Corroborar-se ao que dispõe Delgado, o fato de os direitos trabalhistas estarem, nos dias atuais, em franca flexibilização tanto no judiciário como na doutrina, como em leis especiais, caso da Lei da Terceirização, e ademais com o último entendimento do STF no que concerne a liberação da terceirização "irrestrita" do trabalho, podendo, conforme entendeu a Suprema Corte se terceirizar até a atividade fim das empresas em todos os níveis e setores da economia brasileira, o que pode ser conceituado também pela doutrina como "a precarização dos direitos trabalhistas".

Prova disso, também, destaca-se a Lei 13.429, de 31 de março de 2017, que assim dispõe, *in verbis*:

Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

⁶⁶ Idem. p. 80. "Nesse sentido, a perspectiva da Constituição Federal de 1988 é a de defesa e garantia dos direitos dos cidadãos, com base numa concepção ampliada dos Direitos Humanos, estabelecendo o compromisso do Estado, da sociedade e do governo de zelar por tais direitos."

Que por isso, foi objeto de ações de inconstitucionalidade de relatoria do ministro Gilmar Mendes, cujo desfecho se deu em agosto de 2018, pela possibilidade da terceirização irrestrita, agora pacificado está a constitucionalidade desse tema, conforme noticiado no site cartacapital.com.br, *in verbis*:

Com a decisão, a terceirização de atividades centrais das empresas passa a ter aval da Justiça, após ser sancionada em lei por Michel Temer em 2017. *Antes da sanção por Temer, as companhias só podiam terceirizar as chamadas atividades-meio, que não constituem seu foco principal.*⁶⁷ (gn).

De forma crítica, deve-se lamentar mais do que a disposição constitucional da flexibilização de direitos trabalhistas prevista na Constituição como o caso da Negociação Coletiva de Trabalho e do Acordo Coletivo de Trabalho, que com o advento da Lei 13.467 de 2017, deu-se a estas *status* superior a própria Lei Ordinária, podendo desconsiderá-la em detrimento daquelas. O fato da desvalorização salarial do trabalhador terceirizado, frente aos demais, já que, é de conhecimento geral que o salário do trabalhador terceirizado chega a ser até 25% (vinte e cinco por cento) menor mesmo executando semelhante função e atividade⁶⁸.

Do exposto acima deduz-se que para a pessoa possa perceber o valor do seu labor é preciso além da sua força de vontade que seja assim considerado pela Constituição, Leis Ordinárias, doutrina e jurisprudência, bem como pela função social da propriedade e pela sociedade como um todo, estando a frente disso os meios de produção.

Dessa feita, passa-se a discutir o termo "valor/trabalho", na linguagem contemporânea, na visão do trabalhador em sua construção como um ser social.

2.4 O Trabalho e seu Valor no Contexto da Dignidade Humana

Para Delgado, o homem é um ser histórico cultural, e portanto, para se tornar humano precisa agir conforme os valores absorvidos do mundo em que vive e as suas convivência pelo senso comum. Portanto, a essência humana revela-se a partir dos valores percebidos em sua vida diária⁶⁹.

⁶⁷ Revista Carta Capital. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/stf-autoriza-terceirizacao-irrestrita/>>. Acessado em: 07/12/2019.

⁶⁸ Idem. mesma página web. "Trabalhadores terceirizados costumam estar submetidos a condições mais precárias que aqueles contratados diretamente. Um dossiê da Central Única dos Trabalhadores (CUT), preparado por técnicos do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (Dieese), revela que os terceirizados recebem salários 24,7% menores que aqueles dos efetivos, permanecem no emprego pela metade do tempo, além de ter jornadas maiores."

⁶⁹ Idem. p. 84.

Além disso, a autora apresenta o "valor" em termos contemporâneos, citando Lalande, que aduz o valor em sua vertente subjetiva de forma categórica que seria própria de um bem quando do seu maior ou menor interesse pelo sujeito ou por um grupo de sujeitos. No mesmo sentido, apresenta o que Hessen, compreende a respeito desse tema, que o valor está no sujeito referência, não significando que o sujeito seja "a medida dos valores"⁷⁰.

Em termos econômicos, a autora, ensina que tal expressão foi cunhada pela economia política, para a qual a considera como sendo os bens materiais e a qualidade inerentes ao seu uso e o valor de troca. Entendendo o *valor de uso* como aquele dado a utilidade real ao objeto. Para tanto exemplifica esse entendimento com o serviço doméstico. Nesse sentido, nem todo valor está determinado pelo quanto de lucro possa advir do uso desse objeto.⁷¹

Doutra forma o "valor de troca" diz respeito ao bem que assim é socialmente considerado quando um determinado grupo social dado seu contexto "histórico-econômico" o tem por mercadoria, que para sua determinação precisa atribuir determinada unidade de preço⁷².

Deixando a fora o valor no sentido filosófico e jurídico, é nesse contexto que se insere o entendimento do valor trabalho como um bem de troca na sociedade contemporânea, posto que, quando o trabalhador se submete a um contrato de trabalho, ele entende que receberá por isso o devido pagamento pela troca, justa, da sua força de trabalho e a realização do bem a que lhe foi exigida. Portanto, dessa troca dever-se-ia retirar o sentido último da expressão *valor*, posto que é para tanto que restringe sua liberdade para daí retirar a felicidade pessoal e de sua família.

Entretanto, a contraparte recebida pelo trabalhador nessa relação nem sempre contempla o mínimo necessário contemplado no art. 7º, IV da CRFB de 1988, assim o sentido do termo "valor" perde sua correspondência no plano epistemológico, filosófico ou jurídico, no contexto econômico do ponto de vista da conformação do ser com o que se recebe face ao que se produz. De onde, acredita-se, advir conflitos de toda ordem na relação trabalhista.

Delgado compartilha que no campo da Filosofia do Direito o *valor* antecede à norma jurídica, de onde se presume ser parte do *ser* e não do "dever ser", o que leva ao entendimento de se considerá-lo como um "dever ser ideal".⁷³ Dever-se-ia, portanto, toda a relação trabalhista ser assim entendida, visto que, a contemplação do "dever ser" ideal deveria ser

⁷⁰ Idem. p. 85.

⁷¹ Idem. p. 85.

⁷² Idem. p. 86.

⁷³ Idem. p. 86. "(...). No pensamento jurídico predomina a teoria dos valores por meio do consenso de que toda norma jurídica é a manifestação objetiva de determinado valor humano."

perseguida por todos os envolvidos na relação de trabalho. E os meios de produção pagando o justo valor, o Estado ordenando e fiscalizando para que isto ocorresse, e o trabalhador tendo plenamente atendimento às suas necessidades com o que recebe, e o Direito do Trabalho sendo aplicado em casos de violação dessa conformação prescrita.

Completa o entendimento o que Delgado colaciona em seu livro, onde citando Afonso, discorre que, *in verbis*:⁷⁴

A "tragédia" ocorre, quando no processo de escolha entre valores conflitantes o intérprete não procura realizar aquele que se apresenta preponderante em face do caso concreto, mas sim "(...) afastar o valor negativo, com o sacrifício do que há de mais precisos para o ser humano. (g.n)

Nesse mesmo sentido de entendimento, considerando exemplos em Kelsen, quanto a hierarquia dos valores, e a oposição de Afonso assim firma, *in verbis*:

[...]: Na tragédia não há comprovação da relatividade de valores. Há, sim, sacrifício de valores. E o sacrifício é sempre maior quando aquilo que renunciamos é justamente o que mais amamos.⁷⁵

Considerando esta máxima, fica claro que a cada escolha realizada pelo ser humano sempre redundará em renúncia e opressão. Assim como os Direitos e Garantias Fundamentais, previsto no art. 5º e seguintes da CRFB de 1988, que a todos garante igualdade em todos os atos da vida individual ou coletiva, liberdade de ir e vir e de contratar com quem assim desejar. Porém, esta máxima é quase que um ideal na relação trabalhista, pois as condições e cláusulas contratuais são a todos impostas pelo empregador dentro dos limites legais, como um contrato de adesão por excelência, cabendo ao empregado apenas aceitar ou não tais imposições.

Relativamente a esse contexto, Delgado de forma didática compila esse tema de forma profícua quando pesquisa sobre os "fundamentos e estrutura do valor trabalho nas teorias econômicas e filosóficas contemporâneas"⁷⁶. Apresentando em termo reflexivos sobre "o valor trabalho", dando destaque às teorias do século XVII, teorias econômicas do liberalismo e a teoria Hegeliana, "por meio da dialética do senhor e do escravo, no pensamento marxista e na Filosofia contemporânea, com ênfase em Bataglia." Dessa reflexão infere-se que o valor trabalho teve destaque em Thomas Hobbes e Jonh Locke, representantes do pensamento político do século XVII,

⁷⁴ Idem. p. 90.

⁷⁵ Idem. p. 90.

⁷⁶ Idem. pp. 111 a 139.

posto que Hobbes ganhou esse título com sua obra "Leviatã" (1651), no qual propunha a "coexistência pacífica entre os homens", Delgado, fundada em Mello (1989), escreve que Hobbes, diferentemente de Locke, percebia o "estado de natureza" sempre "em guerra, violência e destruição". Por ser um contratualista, Hobbes admite a existência de "um pacto dos homens em torno da figura do Estado". Cujo objetivo do Estado seria o de reunir em si mesmo todas as vontades humanas em busca do bem comum. Além disso, Hobbes justifica a centralidade em torno do Estado como condição para se chegar a tão desejada "paz social e melhores condições de vida em sociedade", bem como, nesse tipo de contrato defendido por Hobbes, com o estabelecimento da "sociedade política", onde nesse momento ocorre a perda do direito "de contestar sob qualquer circunstância seu poder".⁷⁷

Apresentando Locke, a autora discorre que, apesar de serem contemporâneos existe nítida divergência entre eles, por ser considerado jusnaturalista da modernidade também é um contratualista, mas que seu pensamento político se volta para "um estado de natureza como um estado de conservação recíproco entre os homens, considerados livres e iguais". E admite que na relação advinda do contrato social existe a passagem do "estado de natureza para a sociedade política ou civil", que para Locke, ela apresenta segundo Mello, o civil é alternativa ao exercício pleno dos direitos individuais. De onde percebe-se a ideia de que Locke é a referência teórica para o entendimento do que seja o Estado Liberal de Direito, por considerar "à vida, à liberdade e à propriedade eram direitos naturais do ser humano", portanto, anteriores ao surgimento do Estado. Assim como, que "as sociedades políticas eram estruturadas com base na união voluntária e no acordo mútuo entre homens livres e plenos de prerrogativas para escolher os governantes e as formas de governo." Além disso, ele entende que a propriedade está relacionada com o trabalho, portanto um "valor inato e direito natural dos seres humanos".⁷⁸

Cotejando os contratualistas, Delgado apresenta as principais teorias econômicas do liberalismo clássico, com destaque para o autor de maior expressão dessas teorias tais como *Adam Smith* e *David Ricardo*, aquele em sua obra "A Riqueza das Nações (1776)" procura demonstrar "os fatores que produziam o aumento da riqueza em comunidade", legando ao trabalho a origem da riqueza humana, donde se infere que "a valorização de qualquer mercadoria dependia de ser originária do trabalho humano e por isso, identificava-o como um dos fatores da produção, imbuído do valor da utilidade." Nas palavras de Delgado, donde é possível perceber que em *Smith*, o trabalho é a melhor medida para o valor de troca, como também proporcional ao esforço humano,

^{77,78} Ibidem. pp. 113 a 117.

quanto mais trabalho maior será sua riqueza. Porém, tal constatação em *Smith* ficou prejudicada pelo sistema capitalista, que ao considerar a relação entre oferta e demanda, o valor de troca do trabalho perde o seu devido valor, já que não corresponde ao tanto de trabalho o mesmo para uma determinada troca no ambiente de muita demanda e pouca oferta.

Em *David Ricardo*, Delgado o apresenta como o sucessor de *Smith* em termos da Teoria Econômica clássica, que também reconhece o valor trabalho no contexto liberalista. No entanto, Ricardo foi além por atribuir ao valor de troca, não exclusivamente a proporção do trabalho empregado, mas outros "fatores e circunstâncias da realidade", bem como cunhou a "diferença entre valor de troca e valor de uso, desta feita considerando como premissa o processo produtivo." Donde Delgado em referência a Nascimento, infere que David, considerando o sistema capitalista de produção, "propôs uma teoria dos preços na qual o eventual lucro advindo da mercadoria seria inversamente proporcional ao valor do salário dos empregados." No mesmo sentido, agora bebendo em *Hunt*; ponderando pela seguinte conclusão: "que as condições de trabalho deveriam ser estabelecidas pela livre concorrência do mercado, sobretudo quanto ao preço da força de trabalho."⁷⁹

Além desses, Delgado apresenta o valor trabalho na teoria Hegeliana, apresentado por Bataglia, em relação a "dialética do senhor e do escravo", que por essa teoria o trabalho é tido como uma realização espiritual e racional, "que possibilita ao homem apreender o mundo e transformá-lo, segundo seus interesses em cultura"⁸⁰. Desse entendimento prevalece que assim como o trabalhador precisa e depende do empregador para sua realização plena, o empregador, dono do capital, depende daquele para continuar lucrando e assim enriquecendo com o seu trabalho.

Delgado dá sua contribuição impar para a consecução do objetivo desta pesquisa, quando entende em Hegel a solução para a relação conturbada "do senhor e do escravo", como sendo pela intervenção estatal, proporcionando ao ser humano se reencontrar em si mesmo, "rompendo com a alienação em favor da liberdade".⁸¹

Também apresenta "o valor trabalho no pensamento marxista", donde aprende-se que o "marxismo tradicional", que percebe o trabalho como base da vida em sociedade, uma forma de motor das relações conflituosas de classes. Cujas necessidades principais de trabalhar é para

⁷⁹ Idem. pp. 121 a 123.

⁸⁰ Idem. p. 125.

⁸¹ Idem. p. 126 e 127. "A liberdade, enquanto elemento da condição humana, depende do trabalho, já que é por meio dele que a natureza se eleva ao mundo do espírito humano, ou seja, à cultura."

se produzir utensílios e alimentação para o dia a dia dos sujeitos, não se admitindo trabalho alheio a sociedade. Ainda mais, para a autora, Marx, entende que o "valor de uma mercadoria está também determinado pela quantidade de trabalho nela incorporada"⁸².

No mesmo sentido, conforme escreve Delgado, Marx considera que o trabalho assalariado também é determinado "como o de qualquer outra mercadoria". Conforme afirma, *in verbis*:

[...] para Marx a força do trabalho como mercadoria e seu valor estão intrinsecamente relacionadas às necessidades da sociedade.⁸³

Marx, na dinâmica de construção de uma teoria complexa sobre o funcionamento da sociedade humana e em especial sobre a vida coletiva nas sociedades capitalistas, entende ser o trabalho humano e as relações econômicas a ele relacionadas propulsoras das transformações históricas das formações sociais. Acredita que a "infra-estrutura", fundada em bases econômicas, é que direciona as relações e modos de produção em sociedade.⁸⁴

Nesse contexto, esta pesquisa considera o “valor trabalho” agregador de todos os "valores" expostos, levando em conta que nenhuma sociedade prospera sem antes revestir a relação trabalhista dos bens sociais capazes de fomentar a paz social e a felicidade individual, minimamente, satisfatória para a dignidade daquele que vende sua força de trabalho voluntariamente.

Noutras palavras, seguindo Delgado sobre o pensamento marxista, o trabalho possui e assim deve ser entendido por seu "valor inerente a si mesmo". Cujo valor está relacionado ao sentido de sobrevivência da sociedade, por ser um "fator essencial ao processo produtivo, impulsionando as transformações das sociedades nas quais se realiza."⁸⁵

Pelo exposto e admitindo o trabalho como valor último para o ser humano, é devido o entendimento de que a felicidade plena advém do trabalho, desde que, o que se percebe como resultado desse sacrifício seja capaz de atender ao já posto na Constituição cidadã do Brasil o que prescreve o art. 7º, IV como realizável com o salário brasileiro.

⁸² Idem. p. 127.

⁸³ Idem. p. 128.

⁸⁴ Idem. p. 129.

⁸⁵ Idem. p. 132.

Posto isso, para melhor entendimento da possibilidade constitucional em termos do que foi posto pelo constituinte como Direito Fundamental e o que tem sido aplicado na prática no contexto brasileiro. Far-se-á a análise destes direitos e a possibilidade da flexibilização na esfera trabalhista.

2.5 O Trabalho como Direito e Garantia Individual na Constituição de 1988.

A despeito do que se entende por direito e garantia individuais, a doutrina apresenta como sendo de difícil solução, visto que, tais termos constam apenas no artigo 60, § 4º, IV da Constituição de 1988. Então precisamos entender quando se ensina sobre esse artigo 60, que existem autores que consideram a terminologia direitos e garantias individuais equivalentes a se dizer direitos fundamentais, outros restringindo a interpretação preferem excluir estes dos direitos sociais. Dessa forma para este autor, as interpretações concernentes aos direitos sociais da Corte maior brasileira guarda grande relevância no cenário do judiciário por sua jurisprudência, já que, por hierarquia as decisões dela, bem como dos Tribunais acabam por guardar o principal parâmetro de juridicidade das leis no Brasil sobre esse tema. Visto que é o Supremo Tribunal Federal que vem estabelecendo critérios de uniformidade e pacificação do que seja direitos e garantias individuais nos termos do art. 60, § 4º, IV da Constituição. Nesse sentido, que tem sido admitido a existência de direitos fundamentais fora do exposto no art. 5º desta mesma Carta maior.

Por fim, sem esgotar o assunto, apenas para referência do que esta pesquisa pretende testar como válida ou não a condição de cláusula pétrea o direito social ao trabalho e seus desdobramentos dessa relação como o caso do valor da remuneração paga ao jornalista, nos termos do art. 7º, IV da CRFB de 1988. Assim, Vasconcelos, navega pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, testando-os como constitucionais, classificando-os na hierarquia normativas.

2.6 O Trabalho como Direito Social na Constituição de 1988.

A discussão sobre direitos sociais perpassa pela definição do modelo de Estado escolhido. Para tanto, esse autor discute com Paulo Bonavides, sobre a possibilidade de aceitação pela doutrina e jurisprudência brasileiras reconhecerem os direitos sociais como direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas, uma vez que busca-se viver o Estado Social no Brasil.

É nesse sentido que esse autor esclarece que os direitos sociais são na verdade "direitos negativos" com privilégios dos direitos fundamentais "de primeira geração" ou de primeira dimensão para outros, o que de pronto apresentam limites materiais ao poder de reformar.

No entanto, o autor citando Gilmar Mendes, apresenta a tese de que os direitos sociais no Estado Social a despeito da aderência aos direitos de primeira geração, e por isso, tendo a devida primazia, ainda que por sua natureza não gozam da proteção pétrea podendo conformar-se com o momento apresentado pelo desenvolvimento social, isto é, os direitos sociais admitem adaptações ao seu próprio tempo⁸⁶.

Fundado nesse entendimento persiste que os direitos sociais já não detêm *status* de cláusula pétrea por sua interpretação literal do art. 60, § 4º, IV da CF de 1988. Uma vez que se prestam mais a conformação com o futuro do que a manutenção do *status quo*. Porém, guardadas as devidas conformações ao direito social, esse autor citando Krebs, fortalece a ideia de que "o direito ao trabalho (CF, art. 6º) exige uma política estatal adequada de criação de empregos"⁸⁷.

Nesse ponto, cabe referendar sobre a pretensão desta pesquisa em verificar se uma política estatal tendo por fundamentos tanto os direitos sociais como os direitos trabalhistas, de forma a privilegiar esses direitos em detrimento da livre iniciativa na ordem econômica do artigo 170, *caput* da CF de 1988, especificamente aos incisos II, III, VII e VIII. Para responder a questão: a política estatal pode limitar os Princípios Gerais da Atividade Econômica em benefício da manutenção dos direitos e garantias sociais tal como no art.(s) 6º e 7º, IV da mesma Carta magna do Brasil? Sem, contudo, intervir diretamente no domínio econômico de forma a não ferir o Princípio da propriedade privada e da livre concorrência, resguardado nos incisos II e IV daquele artigo.

Feito isso, esse autor, assevera existir contundentes argumentos favoráveis a limitação material ao poder de reforma aos direitos sociais, bem compreendidos, intrinsecamente, no texto do art. 60, § 4º, IV da CF de 1988, como garantias individuais⁸⁸. Porém tal fato não se verifica no caso por exemplo da terceirização da saúde, que é serviço essencial para o cidadão.

Tanto é que a definição dos direitos e garantias individuais é penosa, posto que estando relacionados com os direitos negativos por si só não tem como excluir-se dos direitos sociais. Vasconcelos de forma douda aduz que, *in verbis*:

Na verdade, os direitos sociais integram o núcleo do Estado Democrático de Direito, pois sem eles pode falar-se no máximo em Estado de Direito, pois não há,

^{86,87} Ibidem. p. 229-230.

⁸⁸ Idem. p. 230. "É que a Constituição de 1988 não utilizou terminologia técnica e uma interpretação exclusivamente literal conduziria a equívocos como o afastamento das cláusulas pétreas dos direitos político (arts. 14-17), dos direitos de nacionalidade (arts. 12-13) e, até mesmo, dos direitos coletivos do art. 5º (v.g. inciso LXX)."

nem na teoria constitucional, nem na Constituição brasileira, uma prevalência dos direitos de primeira dimensão.⁸⁹

Dessa discussão resta o fim dado pelo Constituinte brasileiro quanto a igualdade de *status* dos direitos sociais e aos direitos de primeira geração, bem como se o propósito deles era o de privilegiar estes, mas deixando de fora aqueles, ao possibilitar exclusivamente aos direitos sociais a permissão de reforma. Tal questão é dolorosa por depender da interpretação do texto, e nesse sentido ver-se que cada interprete, fundados ou não, tem sua particular verdade subjetiva.

Nesse sentido, esse autor ainda ensina que sempre haverá consequências ao se contemplar os direitos sociais como cláusula pétrea, visto que, a ordem jurídica quedar-se-ia imutável devido o limite material ao poder de reformar.

Além disso, cita Canotilho, para aduz que para ele é impossível reduzir direitos sociais quando não se tem a devida contraprestação, com fundamento no "não retrocesso social" e do "princípio da democracia econômica e social". Porém, não obstante esse entendimento, considerar os direitos sociais como cláusulas pétreas não interfere no princípio ao retrocesso e da não diminuição de tal direito, apenas, entende de forma diversa daquele, a proibição de se prejudicar apenas o seu "núcleo essencial"⁹⁰. Nesse sentido, *in verbis*:

É que toda opção por determinado direito social prestacional, e de consequente política pública implica uma escolha, pois o Estado, por mais rico que seja, nunca vai poder satisfazer todas as necessidades humanas. E toda escolha é uma exclusão.⁹¹

Posto isso, conforme a discussão nesse tema pode-se entender que a preservação da dignidade da pessoa humana, não está atrelada a imutabilidade ou não dos direitos individuais e sociais conformadores dessa dignidade, nem tão pouco com a condição de cláusula pétrea a esses direitos ao estabelecer limite material ao poder de reformar. Contudo, é devido ao Estado brasileiro por se constituir com um Estado Democrático de Direito, imprimir a todos de forma igual o ônus da paz social e da conformação aos ditames dos preceitos fundamentais tal como expresso no art. 60, § 4º, IV, da CRFB de 1988, especialmente no diz respeito aos direitos e as garantias individuais.

Desta forma que, segundo Vasconcelos, em termos finais, completa que nem toda mutação de normas conformadoras de direitos fundamentais atenta contra cláusulas pétreas,

⁸⁹ Idem. p. 231.

⁹⁰ Idem. p. 231.

⁹¹ Idem. p. 232.

desde que não ofendam o "núcleo essencial do direito fundamental", fazendo ressalva maior apenas a tentativa de se "abolir" tais direitos⁹².

Portanto, ainda que o constituinte originário no art. 60 da CRFB de 1988, tenha posto entre os não suscetíveis de abolição ou mutação, os direitos e as garantias individuais, é possível sopesar, desde que mantida seu núcleo essencial, o que pretendeu o constituinte originário e a nova realidade social, o que autoriza novas interpretação desses direitos e garantias individuais, não mais como cláusulas pétreas, mas sim como um direito que deve conformar-se com seu tempo e realidade social vigente.

Torna-se oportuno então trazer o entendimento de Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga (1989)⁹³, sobre os “aspectos dos direitos sociais na nova constituição”, no seu respectivo capítulo “aplicação dos novos direitos sociais”, em que tecendo comentários de forma contemplativa a vigência da Constituição de 1988, especificamente nesse capítulo, sobre a aplicação, na prática, das conquistas trabalhistas inseridas no texto constitucional.

Tais autores, chamam a atenção para a regra interpretativa que o art. 5º, § 1º, desta Constituição cidadã já impõe a sua imediata aplicação, referentes aos "direitos e garantias fundamentais", bem como todas as dispostas no Título II, onde foram inseridas pelos constituintes os "Direitos Sociais". Cujas maior preocupação da doutrina estava voltada para o que ocorreu ao texto da Constituição de 1946, para eles, "vários direitos nela constates foram, pelos Tribunais, entendidos como contidos em meras normas programáticas e não autoaplicáveis" *in verbis*:

(...). O descaso do Poder Legislativo, associado ao formalismo de interpretação tão restritiva por parte do Poder Judiciário, acabou por tonar letra morta vários direitos sociais daquele texto constitucional, frustrando a vontade do legislador constituinte de então.⁹⁴

No mesmo sentido, os autores preocupados com a atuação do judiciário especialmente no ramo trabalhista, no que tange a aplicabilidade do novo direito constitucional ao caso concreto, assim já orientam, *in verbis*:

"Portanto, balizado pelo artigo quinto da nova Constituição, incube ao intérprete inverter o pressuposto lógico que, até então, levava-nos a entender as normas constitucionais como simples pontos referenciais ao legislador ordinário, com se,

⁹² Idem. p. 233.

⁹³ JUÍZES do Trabalho no Rio Grande do Sul. *Aspectos dos direitos sociais na nova Constituição*. Coordenador Ricardo Carvalho Fraga. São Paulo: LTr, 1989. (Cadastro BCE – 342.4:331 (81) (094) A838d.

⁹⁴ Idem. p. 34.

ante de tudo, as normas constitucionais não fossem também leis, e, no caso, a Lei Maior. Doravante, cumpre-nos entender autoaplicáveis todas as normas constitucionais contidas no Título II, exceto aquelas que, expressamente, previrem regulamentação legislativa."⁹⁵

Nesse contexto, esses autores arrolam alguns exemplos para demonstração de normas constitucionais que classificaram como de auto aplicação ou aplicação imediata, entre elas contemplaram: a "garantia de salário mínimo como parte fixa em qualquer remuneração variável"; a despeito dos fatos explicitados, resta claro a preocupação da jurisprudência com a garantia constitucional de que o trabalhador receba o mínimo necessário para sua plena e digna satisfação individual e familiar.

Finalizando, dessa discussão infere-se que resta pacificado na doutrina e jurisprudência brasileira que a alteração nos direitos sociais constitucionais, são devidas e não atentam contra direitos fundamentais, apenas atendem as conformações sociais do seu tempo. Mas que, entretanto, é devida a preocupação em preservar o que o constituinte originário pretendeu ao dispor sobre os direitos e garantias individuais elevando-os ao patamar de cláusulas pétreas na Constituição de 1988.

É oportuno apresentar a discussão que Delgado (2006)⁹⁶, apresenta como o estabelecimento do trabalho como um “direito social” e suas possibilidades de atendimento no contexto contemporâneo brasileiro. Para tanto, ter-se-á como arrimo o que a autora, em obra intitulada por “Direito Fundamental ao Trabalho Digno”, ensina sobre esse tema. Tal discussão se dá na estrutura do direito fundamental ao trabalho no Estado Democrático de Direito. Posto que segundo ela, é uma das finalidades desse tipo de Estado. Delgado aproveita este momento para ensinar que os direitos fundamentais representam valores inerentes à pessoa humana, e que são "indispensáveis à formação integral do homem enquanto cidadão".⁹⁷ Com base nessa afirmação ela desenvolve suas análises desse tema. E ao apresentar o paradigma do Estado Social de Direito, confirma o trabalho como um direito social, que foi possibilitado pela prestação do Estado Social de Direito por meio de políticas públicas efetivas, elevando o cidadão ao patamar de cliente do Estado enquanto sujeito de direitos⁹⁸.

⁹⁵ Idem. p. 35.

⁹⁶ DELGADO. Gabriela Neves. Obra já citada. p. 49.

⁹⁷ Idem. p. 56.

⁹⁸ Idem. p. 49.

E para isso faz referência a Soares, que entende o “Estado Administrador”, na condição de interventor e assistencialista dos direitos sociais, confirmando o cidadão como um cliente enquanto "subordinado aos programas sociais estatais".⁹⁹

A autora, ainda apresenta, que com o advento do Estado intervencionista o direito se materializa, fato que permitiu aos direitos sociais ganharem a normatividade pretendida. Assim também como a teoria da função social da propriedade passou a ser fator que quebrou o paradigma tradicional do Estado burguês condição restritiva a direitos civis e políticos¹⁰⁰.

É nesse sentido que se vislumbra os direitos trabalhistas dependentes da intervenção estatal por meio de políticas públicas garantistas que viabilizem a consecução dos direitos sociais expressos na Constituição, com o contido no art. 7º, inciso IV quanto aos elementos essenciais nele elencado, que possibilitaria ao trabalhador assalariado condições de dignidade humana tão defendida, em tese, pelo ordenamento jurídico internacional e nacional.

2.7 Direitos Sociais como cláusulas pétreas na Constituição de 1988.

Contemporaneamente devidos inúmeros debates nos Tribunais Superiores brasileiros, sobre a possibilidade de alteração de cláusulas pétreas, por meio da mudança de entendimento dos conceitos até então considerados como imutáveis por assim estarem definidas na Constituição, citando especialmente no seu art. 60, § 4º, IV relativamente aos direitos e garantias individuais, ao ponto de já ter-se a mitigação e relativização desses direitos e garantias individuais.

Por conta desse tema considerar-se-á como pano de fundo aos escritos do mestrando em Direito e Estado pela UnB, Eneas Romero de Vasconcelos¹⁰¹, quando do capítulo pertinente a esse tema. Onde o autor introdutoriamente cita Karl Loewenstein, em espanhol, pontuando que "As mudanças na sociedade devem gerar mudança na Constituição"¹⁰².

2.8. Possibilidade e Consequências da Flexibilização

Tal possibilidade já consta expressamente na nova constituição quando o permite o "poder constituinte derivado". Derrogando-se a possibilidade de alteração do texto constitucional

⁹⁹ Idem. p. 49.

¹⁰⁰ Idem. p. 49.

¹⁰¹ Idem. pp. 213-235.

¹⁰² Idem. p. 213.

para atender aos fatos sociais com objetivo fim constitucional, que sendo norma geral deve levar em conta os fatos históricos sociais adequados a realidade da sociedade.

Entretanto essa permissão tem regras próprias e de difícil realização, visto que, exige-se uma maioria qualificada com duas votações no Congresso Nacional. Além disso, o que é de natural compreensão o fato de as normas constitucionais guardarem em si transigências entre direito e política, norma e realidade, estabilidade e mudança, refletindo assim as mudanças na interpretação constitucional, guardados os limites nela mesma previstos¹⁰³.

Considerando isso, para o fim deste trabalho, ainda que a doutrina possa classificar a alteração da constituição em "procedimentos formais" e "procedimentos informais", dar-se-á atenção enfática ao procedimento informal, visto que segundo Vasconcelos, esta acontece pela mudança na interpretação do texto constitucional.¹⁰⁴ Que para tanto, cita em nota de rodapé, Georg Jellinek, Konrad Hesse, e outros, para dizer que "A mudança na interpretação da Constituição através do tempo é denominada de mutação constitucional". *In verbis*:

Apesar de sua importância para o desenvolvimento do direito constitucional, a mutação deve ser cercada de enormes cuidados e admitida somente em hipóteses em que realmente configure-se uma alteração fática e valorativa que a justifique, pois o intérprete da Constituição não pode interpretá-la livremente, ou arbitrariamente, sob pena de instauração de uma ditadura do Judiciário ou da Corte Constitucional.¹⁰⁵

Nesse contexto é que paira o incomodo da problemática deste trabalho, quanto aos limites da possibilidade disponível ao intérprete guardião da constituição, no caso, o judiciário brasileiro principalmente na figura de sua corte suprema, em perspectivas do justo, moral e ético. Em tempos do ativismo judicial contemporâneo tão patente e discutido no cenário jurídico brasileiro.

Esta possibilidade é ainda mais preocupante quando se trata de temas ligados aos direitos trabalhistas, face ter-se o tratamento dos direitos de pessoas com reconhecidas limitações econômicas e dos meios de imposição de sua vontade, sendo os mesmos apenas os proprietários da sua força de trabalho na relação trabalhista, cuja vulneração é ainda maior quando se dá validade constitucional a leis como a da terceirização e as flexibilizações de direitos trabalhistas, que foram garantidos pelos constituintes originários. No caso em tela dos processos que visaram a

¹⁰³ Idem. p. 214.

¹⁰⁴ Idem. p. 214.

¹⁰⁵ Idem. p. 214.

terceirização irrestrita ambos os autores eram “empregadores”, e na seara da terceirização da saúde temos situação ainda mais complexa onde os empregadores são pagos integralmente com reservas financeiras públicas.

Assim sendo, passa-se a discussão sobre os limites ao poder de reformar, mesmo que de forma interpretativa, os textos constitucionais. Uma vez que, a mudança pode se dar no âmbito interpretativo, mas no caso brasileiro, são conjunturais essas mudanças e interferem na realidade fática das pessoas que se beneficiam ou restam prejudicadas por tais mutações constitucionais, lembrando que há nesse interim uma gestão detentora de poder econômico e político efetivando uma política pública que nem sempre se coaduna com o bem estar social.

2.9 Limites ao Poder de Reforma

Deixando de lado os conceitos relativos a classificação da reforma constitucional, dar-se-á atenção ao que a doutrina, segundo ensina Vasconcelos, contempla como sendo os "limites materiais" dos dispositivos constitucionais.

Donde entende-se por limite material o que veda a mutação de determinada matéria do texto constitucional, alçada como insuscetíveis de reforma. De outra forma será de pronto declarada inconstitucional por violação da condição pétrea. Uma vez que, o constituinte originário deu a elas identidade de imutabilidade sob pena de perda da condição de Constituição da República Federativa do Brasil. Ao que se denomina chama-las de cláusulas pétreas.¹⁰⁶

Neste ponto do trabalho já é possível localizar o ponto específico de discussão que servirá como fundamento para a resposta do problema desta pesquisa, *in casu* os "direitos e garantias individuais", que estão consagrados como cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal da República do Brasil de 1988 (CRFB). Tema já trabalhado nesta pesquisa no título: O Trabalho como um Direito Social na Constituição de 1988.

Sendo verdade a afirmativa que o trabalho é um direito social, logo o trabalho deve ser entendido como uma garantia constitucional imutável, e portanto toda alteração, mutação ou mesmo a mudança informal de entendimento da norma trabalhista de qualquer dos elementos do trabalho, e por via de consequência de um direito alçado ao patamar de cláusula pétrea, isto porque o trabalho além de ser uma prestação de serviço é também um todo de cujo arcabouço advém outras relações que decorrem dessa prestação. Entende-se, intrinsecamente, como

¹⁰⁶ Idem. p. 215.

componentes do arcabouço da relação trabalhista o que está disposto no Capítulo II da CRFB de 1988, em seu artigo 6º, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, **o trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). (gn)

Entende-se no mesmo sentido, como um valor intrínseco da relação trabalhista o que a CRFB de 1988 que consagra em seu artigo 7º, e incisos grifados, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que **visem à melhoria de sua condição social**:

IV - **salário mínimo**, fixado em lei, nacionalmente unificado, **capaz de atender às suas necessidades vitais básicas** e às de sua família com **moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social**, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Apesar de o artigo 7º, conter 34 (trinta e quatro) incisos e um parágrafo único, considerar-se-á para fins desta pesquisa exclusivamente o inciso IV por guardar íntima relação com o objetivo específico deste trabalho, rememorando: é possível a terceirização de serviços da saúde atender aos Princípios Constitucionais do arts. 7º, IV e 170, III da CF/1988, bem como aos Princípios Gerais da Atividade Econômica?

Neste ponto, passa-se a discussão oportuna e preponderante para esta pesquisa que é a de se definir o trabalho como um direito fundamental dentro do rol das garantias sociais, e portanto, guardando em si proteção como cláusula pétrea. Entendendo o termo "trabalho", neste contexto, como sendo a definição de todos os desdobramentos expressos no art. 7º, IV da CRFB de 1988.

2.10 A problemática de não reformar

Sabendo que toda norma está adstrita ao seu tempo e espaço, eis que surge a questão de como manter-se a aplicação das normas de 1988, como o caso da CRFB nos mesmos moldes em que foram produzidas, aos dias atuais de 2019, considerando os direitos individuais das gerações futuras. Cabendo discutir, de forma perfunctória, os 31 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse contexto, Vasconcelos compartilha os ensinamentos de Canotilho, sobre o tema. Para este, o verdadeiro problema dos limites materiais de revisão da constituição está na defesa de não se vincular as gerações futuras a ideais sociais e políticos que legitimaram as normas constituintes originárias, já que tais valores não são os mesmos contemporaneamente¹⁰⁷.

Além disso, esse autor, cita o ex-presidente Thomas Jefferson, nestes termos: "uma geração de homens tem o direito de vincular outra?"¹⁰⁸. Questionamento oportuno e que deve ser realizado sempre que se discute a necessidade da mutação de norma constitucional, ainda que seja cláusula pétrea.

Tais citações são de profunda validade para a discussão em tela, visto que, comprovam a impossibilidade de uma norma, ainda que, a Constituição Federal, congelar o tempo ao ponto de não considerar a evolução social e os novos anseios sociais que se apresentam como incontestáveis justificativas a mudança ou adequação da norma a essa realidade¹⁰⁹. Entretanto, carece de muita discussão ao se promover alteração constitucional, caso contrário poder-se-ia estar diante de uma nova afirmação do poder constituinte e não de uma revisão¹¹⁰. O que não se pode admitir no contexto da CRFB de 1988, que guarda em sua identidade temas insuscetíveis de até mesmo propostas a emenda revisional.

Nesse sentido, o mestrando, indica que existem dois lados que devem ser considerados na oportunidade de alteração de dispositivo constitucional, quais sejam, a interferência na capacidade de autodeterminação e na soberania por um lado, e a estabilidade jurídica por outro. Mas ainda assim, deve-se sopesar qual delas causaria maior prejuízo à sociedade e ao Estado¹¹¹. As decisões até agora tomadas via poder judicial não surtiram os efeitos prometidos em relação a terceirização irrestrita e demais atos que alteraram a legislação trabalhista.

Portanto, toda proposta de alteração de qualquer norma constitucional ou infraconstitucional na seara do Direito do Trabalho deve ser discutida a exaustão, considerando

¹⁰⁷ Idem. p. 216.

¹⁰⁸ Idem. p. 216.

¹⁰⁹ Idem. p. 216. " (...). Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, consequentemente, as alterações constitucionais, se ele já perdeu a sua força normativa. (...)".

¹¹⁰ Idem. p. 216. "(...). Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo, implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras de identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta. (...)".

¹¹¹ Idem. p. 216. "É que a existência de limites materiais explícitos e implícitos não impede de modo absoluto a reforma, pois se for politicamente conveniente pode-se eliminá-los ou até ignorá-los. Evidentemente, a elisão de cláusulas pétreas não pode ser feita sem grandes riscos, pois acarreta graves problemas, com a perda do valor da Constituição, da sua força normativa, decorrente da preponderância da vontade de poder (*Wille zur Macht*) sobre a vontade de Constituição (*Wille zur Vrefassung*)."

tanto aspectos *ex tunc*, quantos os *ex nunc*, visto que os efeitos de tal alteração afeta o ordenamento jurídico como um todo. Por isso, cabe discutir no tópico subsequente a teoria constitucional da tangibilidade da norma constitucional.

2.11 A Problemática da Tangibilidade

Por tangibilidade deve-se entender a condição de se alterar ou afastar a rigidez de um núcleo, no caso dessa pesquisa, o núcleo de uma norma jurídica constitucional, que já foi conceituada por cláusula pétrea. E seguindo essa ideia, a teoria constitucional admite, salvo melhor doutrina, 03 (três) possibilidades de afastar a intangibilidade da cláusula pétrea, sendo, a tangibilidade total, a tangibilidade relativa, e, a total intangibilidade. Que segundo, Vasconcelos, a primeira é defendida por Loewenstein, a segunda por Di Ruffia e Jorge Miranda, e a terceira pela maioria dos doutrinadores. Esse autor assim ensina, a tangibilidade total das cláusulas pétreas atende a ideia de que a Constituição não pode vincular as gerações futuras, frustrando seus anseios por mudança de determinado tema, o que se manifesta sempre em tempos de crise. Para tanto, admitindo que o parlamento com base em valores atuais da sociedade, por maioria qualificada, estaria autorizado a produzir as devidas adequações do entendimento constitucional¹¹². No caso da terceirização irrestrita e consequente terceirização da saúde como de qualquer outro serviço tido como essencial se faz necessário uma intervenção do poder legislativo após ouvir os interesses populares, isto seria um ideal.

Essa atitude seria compatível com o próprio Estado Democrático de Direito, respeitando completamente a Assembleia Constituinte originária, visto que ao invés de se buscar solução compatível com ordenamento jurídico e dentro do interesse coletivo trouxesse mais segurança jurídica para todos os envolvidos.

Seguindo a ordem, por tangibilidade relativa, também nominada por "dupla revisão", diz que, primeiro se faz uma emenda cancelando a condição de cláusula pétrea, segundamente se faz outra emenda para alterar a norma, já que agora não mais detém o pressuposto limitador material¹¹³. No entanto, o autor assevera que também, esta, deve ser evitada, por implicar eliminação da Constituição que seria substituída pelo texto emendado.

¹¹² Idem. p. 217.

¹¹³ Idem. p. 218. "A dupla revisão tem fundamento no princípio democrático majoritário, que seria desrespeitado pela exclusão do quadro político de determinadas matérias por força de dispositivo constitucional até mesmo quando houvesse substancial maioria desejando a reforma, a ponto de aprovar, por expressiva maioria qualificada, duas emendas constitucionais."

Vasconcelos, imprime no seu estudo que é majoritário o entendimento de que as cláusulas pétreas são intangíveis. Visto que, se o constituinte já delimitou em termos materiais ao poder de formar, o contrário seria assumir prerrogativas impossível de poder originário¹¹⁴.

Nesse sentido, esse autor credita a intangibilidade das cláusulas pétreas a condição de melhor valoriza o normativo constitucional. "O dever se impõe-se sobre a realidade e limita a atuação do poder do Estado, evitando o arbítrio."¹¹⁵

No entanto, ele imprime a elevada complexibilidade a essa teoria, uma vez que, conquanto determina a garantia da preservação da identidade constitucional, doutra forma permite o endurecimento do texto constitucional, o que resulta na ruptura constitucional.

O autor se vale dos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, para trazer a esse contexto o que discute-se nesta pesquisa, a possibilidade de mudança na "interpretação" constitucional sem contudo seja necessário alterar o próprio texto, que só é permitido nos casos já expostos¹¹⁶.

Porém, essa última possibilidade mostra-se mais gravosa do que as demais, sabendo que, no Estado Democrático de Direito que deu elementos a Constituição Cidadã brasileira de 1988, termos de garantias sociais que fossem alçados a fundamentais, como os direitos trabalhistas, a separação dos poderes, como um fundamento expresso na Constituição no seu artigo 1º, como insuscetível de proposta à sua alteração, isto é, o Executivo administra o Estado em nome da União, o Legislativo responde pela criação das leis e fiscalização do Executivo, e o Judiciário cabendo a aplicação da lei em casos concretos dizendo e interpretando nos limites permitidos pela Lei.

Agora, caso o Judiciário, na pessoa do Supremo Tribunal Federal (STF), responda pela interpretação das leis e sua aplicação, assuma a dianteira de pôr interpretação alterar dispositivos constitucionais. Além de se estar diante da quebra do bem maior do Estado

¹¹⁴ Idem. p. 220. "As cláusulas de eternidade constituem o núcleo essencial da Constituição. A sua eliminação, ou mesmo a sua mitigação, em determinados casos, elimina a própria Lei Maior. É que a Constituição possui um núcleo essencial, uma identidade, que segundo Carl Schmitt seria a decisão política fundamental. A Perda da identidade representa a sua negação, transformando-a em uma nova Lei Maior."

¹¹⁵ Idem. p. 220.

¹¹⁶ Idem. p. 221. "Neste contexto, ganha especial relevo a interpretação constitucional que deve conciliar estes dois princípios (*garantia da identidade vs. adequação à realidade social*), adquirindo mais importância a jurisdição constitucional, pois como bem nos alertou Gilmar Ferreira Mendes "Aí reside o grande desafio da jurisdição constitucional: não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo."

Democrático de Direito, que é a separação dos poderes, tem-se o atentado a estabilidade das relações institucionais, desmontando sem piedade a segurança jurídica e a paz social. Assim, permite-se que o ativismo judicial tome a vez do constituinte ou mesmo a típica função do legislativo “legislador negativo”.

2.12 Os 31 anos da Constituição do Brasil de 1988 e o Ativismo Judicial

Nestes dias, no cenário brasileiro, a Carta Magna do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988, (CRFB/1988), com suas emendas de Revisão, e a grande quantidade de Emendas Constitucionais¹¹⁷, alguns já a consideram ultrapassada e para outros a mais atual e contemplativa dos Direitos Sociais e por ser representante dos anseios sociais de uma sociedade advinda de um Governo Militar com todas as violações ao direito e liberdades individuais próprio dos Direitos Humanos e da realização da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras do Ministro Luiz Felipe Salomão do STJ, em Aula Magna patrocinada pela TV Justiça Oficial, em seu programa “Saber Direito”, comunga com o sentimento desta pesquisa e o motivo para a persecução da problemática elencada nesta. O qual aduz que a Constituição é exaustiva em direitos, porém trouxe também muitas outras garantias, de forma que “não vê outra possibilidade de se criar nada melhor nesse momento”. Onde segundo ele, não é possível qualquer outro pacto melhor do que o já estabelecido pela Constituição vigente¹¹⁸.

O Ministro também ensina que o problema não é em se fazer uma nova constituinte, mas sim “em como estamos empregando esse pacto, como estamos utilizando essa Constituição, essa que é a chave para resolver o problema”. Problema esse que diz respeito aos problemas tão discutido no meio jurídico e acadêmico, a saber, os direitos e garantias fundamentais dispostos na Carta Cidadã de 1988.

Tal discussão pode bem ser destacada em temas relativos aos Direitos e Garantias Individuais e do papel do judiciário como fomentador da aplicação desses direitos e da garantia da dignidade da pessoa humana, ainda que de forma “originária” em termos dos instrumentos constitucionais de Controle Concentrado de Constitucionalidade garantidos por essa Carta constitucional brasileira¹¹⁹.

¹¹⁷ **BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27/10/2018.

¹¹⁸ Tv Justiça Oficial. Saber Direito - Aula Magna com Ministro do STJ, Luiz Felipe Salomão. Publicado em 22 de out de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=juT2CJOK-d4&t=2345s>>. Acesso em: 27/10/2018.

¹¹⁹ Idem. Arts. 1º, 2º, 5º, CAPÍTULO II, TÍTULO IV e CAPÍTULO III.

Para tanto, utilizar-se-á o Artigo Científico de Lucas Sales da Costa, 2014¹²⁰, no qual discute o mesmo tema na ocorrência dos 25 (vinte e cinco) anos da Constituição de 1988. Cujo interesse nesse trabalho é o de fazer um quadro comparativo com o que se percebia nesse período e o que se vislumbrava para o futuro, bem como, a partir da discussão dos 31 (trinta e um) anos da Carta, o que se alcanço, em termos desta pesquisa, desde então. Assim, com a devida permissão, para melhor entendimento dessa temática, é devida a referência ao texto de Dallari (2001), trazida à tona por Costa, que sobre esse afirma "a despeito de ter sido escrito há relativa parcela de anos, mostra-se tão condizente com a realidade contemporânea que sequer enxergamos necessidade de digressão a seu respeito."¹²¹ *In verbis*:

A utopia de um país de pessoas realmente livres, iguais em direitos e dignidades, começou a despontar. As barreiras do egoísmo, da arrogância, da hipocrisia, da insensibilidade moral e da injustiça institucional, que até hoje protegeram os privilegiados, apresentam visíveis rachaduras. Já começou a nascer o Brasil de amanhã, que por vias pacíficas deverá transformar em realidade o sonho, que muitos já ousam sonhar.¹²²

Sonho ainda hoje perseguido pela sociedade, posto que, os embates em todos os níveis institucionais demonstram o sempre perigo que ameaça a democracia e o Estado Democrático de Direito, seja pela política em causa própria ou gestão improba, seja pelo judiciário alcançado em sua plenitude aos mais abastados, como também da tão presente "mitigação dos direitos positivados", e que pelas reformas em consolidação no direito brasileiro, especialmente, no Trabalhista com o advento da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que alguns consideram ter trazido benefícios sociais e ao crescimento econômico do país, outros tantos mais a consideram destruidora de garantias trabalhistas, visto que essa lei assim dispôs: "Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. (gn)

Esse autor remete ao povo o núcleo de concreção dos direitos fundamentais sociais, ao considerar que a Constituição de 1988, elevou os sociais ao patamar dos direitos

¹²⁰ COSTA, Lucas Sales da. *Uma análise dos direitos sociais nos 25 anos da Constituição Federal de 1988: desafios, limites e possibilidades*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47740&seo=1>>. Acesso em: 27 out. 2018.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

fundamentais, quando de forma moderna, à época, separou tais direitos dos títulos da ordem econômica e social, entendimento que vigeu até a sua promulgação.¹²³

Percebe-se também que a sociedade já perseguia tais benefícios em décadas passadas, mas que somente se consolidou, em certos termos, na Constituição de 1988. Em termos porque, o magistrado, à época, percebia que, contudo, previsto no texto constitucional há 25 (vinte e cinco) anos, ainda carecia de muito esforços para que os direitos nela erigidos tivessem a plena aplicação sem a intervenção do judiciário agindo como se típica fosse tal função. *In verbis*:

"Todos esses aspectos positivos, porém, não conseguem empanar a certeza de que ainda não fomos exitosos na implementação da democracia social que nosso texto constitucional enfaticamente preconiza. As determinações da Lei Maior, com efeito, ainda não foram e estão longe de ser plenamente satisfeitas, não adquirindo, nesse passo, existência real para enorme parte dos brasileiros, o que permite assinalar, em absoluto, que a previsão e a positivação de direitos são incapazes, por si sós, de fornecer o maquinário suficiente para sua efetivação.

Nesse pensamento, diante de um quadro de alargamento das tarefas do Estado, resultando da evolução vertiginosa das cadeias econômicas, sociais e tecnológicas que desenham a contemporaneidade, exigindo, em contraposto, a necessidade de regulamento de condutas e de circunstâncias inéditas e em constante transformação e de impor uma agenda prospectiva inclinada a converter em realidade os enunciados do texto constitucional, emerge a importância de um poder destinado a manter o equilíbrio do jogo democrático, a engendrar programas positivos no seio social, a concretizar promessas aparentemente inalcançáveis e a servir de contrapeso às injunções eventualmente violentadoras do Estado de Direito."¹²⁴ Tal como se tem notório nos dias atuais, visto que, ante o embate entre princípios, tal como entre o constitucional/social e os econômicos, tem-se a preferência destes em detrimentos dos demais. Prova disso, a motivação da nova lei de 2017 que alterou a CLT em pontos tão sensíveis e cuja justificativa foi "*a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho*"¹²⁵.

¹²³ Idem. "A Carta da República de 88, mais do que qualquer uma das que a antecederam, erigiu os direitos sociais a um nível de elevada amplitude. A inédita separação dos títulos da ordem econômica e da ordem social, o acolhimento dos direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o grande alargamento do rol desses direitos inseridos no texto constitucional e o engajamento em um compromisso de realização social, consubstanciado seja nos fundamentos da República (cidadania e dignidade da pessoa humana), seja nos objetivos fundamentais desta ("construir uma sociedade justa, livre e solidária", "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"), denotam, de antemão, a preocupação do constituinte em materializar o postulado da justiça social, a depender de mudanças substantivas que vinham sendo pleiteadas desde a década de 70, às quais os congressistas de 87/88 não se mostraram, de todo, alheios."(gn).

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Nesse sentido autores como Costa acrescenta que o judiciário tem se visto em situação difícil, pela inércias dos demais poderes, em demandas da sociedade para fazer cumprir os direitos fundamentais tão custosos aos constituintes e de esperança para toda a sociedade brasileira, principalmente à geração futura. *In verbis*:

Tal constatação [...] ganha relevo em um país cuja história política e constitucional revela a instabilidade de nossas instituições, o desprestígio e a inocuidade funcional dos poderes majoritariamente políticos, o lamentável despreço com que sempre foi tratado nosso aparato jurídico-legal e, por conseguinte, os imensos obstáculos à concretização dos direitos fundamentais. [...] o Poder Judiciário, ganha consistência a necessidade de conformar o clássico modelo da separação dos poderes à realidade vigente, pois já não se trata, primordialmente, de limitar poderes ou frear abusos, mas, sim, de realizar as tarefas almejadas pela Constituição Federal, que impõe a força vinculante de seus preceitos e a superioridade de seus princípios. Inadmissível, portanto, o argumento da falta de legitimação democrática quando, com efeito, a própria Lei Maior, conhecedora das vicissitudes dos demais poderes da República, deposita no Poder Judiciário as esperanças de sua própria efetivação, buscando vislumbrá-lo como o arquiteto social da força viva brasileira e o guardião da fundamentalidade dos enunciados constitucionalmente plasmados.¹²⁶

Como se vê, está explícito que o espírito motivador dos constituintes ainda tem prevalecido, mormente aos 31 (trinta e um) anos da Constituição de 1988, visto que, ainda mais forma ganhou o judiciário pátrio, talvez que por omissão dos demais poderes, tal como às causas fundamentais relativas a dignidade da pessoa humana, tem sido decidida no âmbito do judiciário, não podendo, portanto, confundir-se com ativismo judicial ou interferência nos demais poderes, posto que, a própria Lei Maior já prevê no seu art. 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

Dessa forma, Costa admite, por outro lado, que a Lei Máxima de um Estado Social de Direito, que visa perpetrar garantia fática ou material, considera a evolução social, econômico e cultural da sociedade. Mas não podendo o Estado se prestar a preterir direitos sociais sob a alegação da "reserva do possível", visto que toda prestação social é plenamente possível ser atendida se existir governabilidade sem segredos oficiais, gestão com competência e moral.¹²⁷

¹²⁶ COSTA, Lucas Sales da. 2014. Obra já citada.

¹²⁷ Idem. "Em outro passo, não se pode aceitar a alegação da inviabilidade dos direitos subjetivos a prestações materiais, valendo-se dos limites fáticos da reserva do possível, sob pena de esvaziamento absoluto da eficácia dos direitos sociais. Se se verificam as dificuldades atuantes diretamente sobre a problemática desses direitos, emerge, outrossim, o grau de responsabilidade e de sensibilidade daqueles que foram incumbidos da tarefa de garantir o

Concluindo, sem esgotar o tema em tela, é possível trazer aos dias destes 31 (trinta e um anos) da CF de 1988, o que Costa já discutiu há considerável anos atrás. Principalmente, ao eleger em Dallari (2001), a solidariedade como a principal característica da sociedade destes dias. Vale lembrar também que a sociedade tem demonstrado a preocupação em exigir melhores condições de vida, principalmente aos atinentes a "dignidade da pessoa humana" e aqueles considerados o mínimo que se precisa para uma vida digna e feliz.

E é nesse sentido que se passa a discussão do Princípio da Ordem Econômica, da Reserva do Possível, da possibilidade de realização do arts. 7º e 170, todos na CRFB de 1988.

2.13 Ordem econômica na CF de 1988 e o Princípio da reserva do possível.

Inicialmente, é devido erigirmos a conceituação que a doutrina admite sobre o que é um princípio, mormente ao objetivo desta pesquisa, qual seja, aos relativos a ordem econômica e ao Direito do Trabalho.

Deste modo, parte-se com Ricardo Luís de Almeida Teixeira, por sua Obra "Os Princípios na Constituição Federal de 1988"¹²⁸. Na qual ele faz referência a inúmeros princípios retirados da Constituição de 1988. No entanto, é próprio os que dizem respeito ao objetivo desta pesquisa, sendo, o conceito de princípio, da Reserva do Possível, o do equilíbrio da ordem econômica, da busca do pleno emprego, da livre concorrência, o da iniciativa e propriedade privada, e do equilíbrio da relação de trabalho.

Assim, o autor entende o princípio geral de direito como regra de interpretação não positivadas. Cujo conceito legal e "indeterminado é uma norma de elevada abstração que prevê uma consequência jurídica." Enquanto que cláusula geral "é uma norma de elevada abstração que não há a previsão e uma consequência jurídica, (...), autoriza o julgador a construir uma solução jurídica adequada ao caso concreto."¹²⁹

Por equilíbrio da ordem econômica o autor assim se pronuncia: "O Direito anda lado a lado com a Economia. Dessa forma, devem influenciar o comportamento humano sempre com o fim de fomentar a justiça social."¹³⁰

E nesse sentido Teixeira reconhece ser próprio das constituições atuais a dicotomia entre Direito e Economia, tal como previsto na Constituição Brasileira de 1988, em seu

cumprimento da Constituição, de modo que, em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a certa prestação social, assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens que se impõe em um conflito específico de valores." (gn).

¹²⁸ TEIXEIRA, Ricardo Luís de. 2010. Os princípios a Constituição Federal de 1988. Brasília: OAB Editora, 2010. 344 p. ISBN 978-857966000-9. (Cadastro BCE – 342.4 T266p

¹²⁹ Idem. p. 76.

¹³⁰ TEIXEIRA, Ricardo Luis de. 2010, já citada acima. p. 280.

art. 170, ao dispor que a ordem econômica encontra-se fundada no trabalho humano valorizado e na livre iniciativa, cujo fim é o de "assegurar a todos existência digna," portanto, não mais se admite que a ordem econômica atenda apenas a fins de enriquecimento dos detentores dos meios de produção no caso da relação trabalhista¹³¹ e dessa forma só favoreça ao Estado e Mercado.

Vejamos outro "subprincípio" trazido por esse autor, o da busca do pleno emprego, de oportuna consideração, posto que, existem íntimas relações entre todos os subprincípios da ordem econômica, no caso em tela deste. Face só ser possível falar em justiça social e econômica, com a garantia estatal do pleno emprego, como já visto, então é fonte da felicidade humana e da realização de sua dignidade.

É nesse momento que reside a conflituosa relação de trabalho, em que esta pesquisa tem considerado como o epílogo da solução para a sua problemática. Pois, na busca de reduzir custos com a mão de obra, empresas acabam por encontrar mecanismos, ainda que legais em nosso país, para enxugar a folha de pagamento e demais despesas e assim aumentar seus lucros. Tal como a aludida e objeto desta pesquisa a terceirização de serviço e mão de obra no âmbito da saúde, onde tudo indica será apenas um grande "contrato" diante da política pública posta.

Por função social do contrato e função social da propriedade e até mesmo função social da empresa, esse autor reconhece que guardam o mesmo caminho, entendendo que ambos contemplam a função social por sua essência. Visto que, para ele "só pode haver uma ordem econômica justa se o contrato for visto como a somatória entre liberdade individual e solidariedade social."¹³² Fato este não observado diante das pesquisas de campo feitas ao se cotejar hospitais ainda não sob o controle de instituto privado e os já sob controle da terceirização.

Por fim, e tão importantes quantos os já apresentados, para esta pesquisa, apresentar os conceitos de livre concorrência e de livre iniciativa, previstos no art. 170 da CRFB de 1988.

Seguindo o que ensina Teixeira, pode-se inferir que tanto a atividade empresarial e profissionais gozam de liberdade constitucionais nas suas reações e disputas no mercado. Posto que é dever do Estado brasileiro garantir tais direitos, já que se trata de elevado interesse público, visto que estas garantias produzem mercadorias e serviços melhores e preços menores. Porém, tal liberdade guarda o dever de mitigação, quando são referidos para prejudicar uma coletividade em detrimento de outra.

¹³¹ Idem. p. 280. "(...). Deve ser um instrumento de promoção do equilíbrio econômico entre as pessoas. (...), as pessoas devem estar inseridas na ordem econômica para promover a solidariedade e não um antagonismo econômico."

¹³² Idem. p. 287.

Nesse sentido que o STF já proferiu Súmula 646, assim firmando: "Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área."¹³³

Da mesma forma, pela livre iniciativa, vige que todos são livres para investir, trabalhar, escolher sua profissão, constituir empresas etc. Donde se percebe que intervenção estatal nesse meio pode levar a sérios problemas econômicos. Como também, a liberdade total por parte do Estado pode gerar grandes desequilíbrios e até crises econômicas estruturais.

Posto isso, faz-se necessário aduzir, conceitualmente, sobre o liberalismo e a ordem econômica.

2.14 O Liberalismo e a Ordem Econômica na Constituição de 1988.

Neste momento, faz-se menção ao doutor Eros Roberto Grau (2006)¹³⁴, que nessa obra apresenta sua interpretação e crítica ao ordenamento econômico.

Para Eros Grau, o liberalismo tal como foi idealizado com sua total liberdade econômica e independência estatal, não pode prosperar, visto que, o "capitalismo liberal", sempre encontrar na esfera econômica o monopólio estatal, seja pela manifestação do poder de polícia ou pelas codificações de normas regulatórias, o que faz do Estado o agente regulador da economia.¹³⁵

Ele identifica também que na Constituição de 1988, foi incluída ou separada em econômica e social, ou seja, existe uma referência, "ideológica", quanto a expressão "ordem econômica e social". Donde se infere que o capitalismo tem se transformado "na medida em que assume novo caráter, *social*"¹³⁶. Grau, esclarece sobre a importância de tal distinção, para que, tanto ao que a ela se refira como ao que ouve, guarde a devida "fluência e coerência" ao que se quer realmente afirmar. Tal como, no caso desta pesquisa, pela leitura que se faz do art. 170 da CRFB de 1988, a expressão ordem econômica quer indicar a existência de uma parcela da ordem jurídica como orientadora nesse contexto.

Nesse sentido, a despeito das conotações que possam advir da reflexão da leitura do art. 170 da Constituição, esse autor, apresenta nova redação a esse dispositivo constitucional,

¹³³ STF. Súmula 646. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1525>>. Acesso em: 30/10/2018.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. 11ª Edição. **A Ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). São Paulo, Malheiros Editores Ltda. 2006. (Cadastro BCE – 342.4:330(81)(094)G774o

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. 11ª Edição. Obra já citada. "A própria constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal. Em outros termos, não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica, no campo dos serviços públicos. (...)"

¹³⁶ Idem. p. 66.

por considerar que ele guarda sentido diversos e dispares. Qual sejam, de um lado indicando o modo de ser da economia brasileira como um todo das relações econômicas, e de outro indicando que está vinculada ao ordenamento jurídico e, portanto, ao mundo do dever ser, *in verbis*:

[...] embora nesta *norma-objeto*, insculpida [...], a expressão tenha sido empregada para designar uma realidade do mundo do ser, prossegue a constituição, nos preceitos seguintes, a dispor normas que estão integradas na parcela da ordem jurídica que se refere como ordem econômica (mundo do dever ser, portanto).¹³⁷

Dessa discussão justifica-se o objetivo desta pesquisa, quando persegue o sentido dos princípios da "Ordem Econômica", tal como foi inspirada pelo constituinte originário, que para a consecução deste trabalho estende-se como um dispositivo normativo, digo que prescinde de qualquer outra ordenação ou regulação.

Entendido portanto a "Ordem Econômica" como a "valorização do trabalho humano e a livre iniciativa", cujo fim é o de assegurar a todos os atores da atividade econômica, aqui entendida a relação trabalhista, a existência digna. Bem como, que o art. 170 da Carta Magna é norma de aplicação imediata e que seus incisos como Princípios Gerais da Atividade Econômica.

Então a partir desse entendimento, devem ser aplicadas tanto nas atividades da ordem econômica quanto aos casos concretos a fim de garantir a valorização do trabalho humano a existência digna, por guardarem, segundo Grau, "normas de ordem pública", como também "normas de intervenção", por ser admitida como "normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia".¹³⁸

Em suma, Grau esclarecendo sobre "a aplicação do Direito", a "eficácia jurídica e eficácia social", sobre a "Efetividade jurídica, efetividade matéria e eficácia", bem como sobre a "Efetividade jurídica e eficácia jurídica os direitos e garantias fundamentais", e sobre "Doutrina e aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais", assim assevera em suas ponderações, *in verbis*:

Para fazê-lo, sucintamente, relembro, ainda outra vez, que o preceito inscrito no § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 afirma a aplicação imediata das normas definidoras de direito se garantias fundamentais. Isso significa que tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da

¹³⁷ Idem. p. 68. "(...), "a *ordem econômica* deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurara a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios (atendidas as normas que se seguem, que compõem a *ordem econômica*)".

¹³⁸ GRAU, Eros Roberto. 11ª Edição. Já citada.

produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas.¹³⁹

No entanto mesmo que parte considerável da doutrina e da jurisprudência brasileira, aceitem que normas constitucionais atinentes a direitos e garantias fundamentais devam ter aplicação imediata, tal como bem postulado pelo eminente autor Eros Grau, existe no ordenamento jurídico pátrio, limites que se impõe e estancam a aplicação imediata das normas tal como foram definidas, do dever ser, pelo constituinte originário, para operar seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para melhor reforço da problemática desta pesquisa, passa-se a exposição do que a doutrina e jurisprudência admitem por "Reserva do Possível".

2.15 O princípio da reserva do possível e o mínimo existencial.

Por Reserva do Possível, o autor inicia seu entendimento apresentando que tanto as necessidades da coletividade, quanto a capacidade do poder público atender tais necessidades guardam limitações orçamentárias. A fazenda pública sempre fez uso desse princípio como defesa e buscou transformá-lo em dispositivo de regulação do poder judiciário.¹⁴⁰

Pelo princípio temos que o judiciário precisa ponderar em certos casos pela "impossibilidade material do poder público". No entanto, é próprio do judiciário atuar, exclusivamente, na aplicação do direito a um caso concreto de violação a um direito, principalmente em casos levados em face da fazenda pública, atinentes a dignidade da pessoa humana, como a saúde, educação, moradia etc.

Portanto, não há melhor ponderação a ser feita do que o pronto atendimento a previsão constitucional dos Direitos Sociais e as garantias estabelecidas nos art. 7º, IV da CF de 1988. Que são direitos afirmadores da dignidade da pessoa humana.¹⁴¹

É justamente o que se percebe na decisão do Ministro Celso de Mello, em seu voto na ADPF 45¹⁴², a despeito do "subprincípio" da Reserva do Possível, em contraponto com o

¹³⁹ Idem. p. 323 - 328.

¹⁴⁰ Idem. p. 209. "(...), toda vez que tiver uma demanda que represente uma despesa para o Executivo, o juiz teria de adentrar no orçamento do Estado para verificar se o mesmo permite efetivar o direito pretendido em Juízo. (...)".

¹⁴¹ Idem. p. 210. "(...). Como sabemos o problema do Brasil não é falta de recursos públicos e sim a aplicação errada dos recursos e o desviou dos mesmos. (...)".

¹⁴² ADPF 45 MC/DF, Min. Rel. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30/10/2018.

da Reserva Legal, é possível e desejável, ainda que contra a fazenda pública, a manutenção do mínimo existencial. Do contrário, ter-se-ia a negação a dignidade da pessoa humana pelos entes garantidores desse direito. Tal enfrentamento se deu quando se questionava as demandas vindas de pacientes usuários de medicamentos com alto custo a serem custeados pelo Estado via SUS, o que nos faz pensar como será feito a garantia deste direito frente aos modelos de terceirização postos na saúde, ora por O.S, ora por OSCIP, que visam baixar custos sempre na prestação dos serviços ligados diretamente a um serviço essencial como por exemplo a saúde.

2.16 Possibilidade do Mínimo Existencial na Constituição de 1988.

O art. 7º, IV da Constituição Brasileira, expressa o Direito Social como sendo o Salário Mínimo, que a lei o defina em caráter nacional, capaz de atender as necessidades do assalariado como: "moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, [...];"¹⁴³ (gn).

Antes de tudo, é devida a consideração de que, neste trabalho, tem-se por "mínimo existencial" o atendimento a todas as necessidades elencadas no inciso IV, do art. 7º da Constituição, já citados a cima. Deste modo, a discussão deve-se ater a contemplação de todos esses bens sociais como o mínimo necessário para a existência digna do ser humano, nesse caso, o trabalhador assalariado terceirizado. Bem como, a possibilidade de atendimento desse bem, seja por via cogente estatal ou por força da função social da propriedade, do ponto de vista da concretude de norma constitucional.

Inicialmente, seguiu-se aos ensinamentos de Simone Aparecida Rech¹⁴⁴, que entende a possibilidade de efetivar tais bens sociais, em altos "gastos econômicos". Ainda mais, que nos dias atuais e entendendo a situação econômica do ente público como precária. Disto nasce a conflituosa disputa entre a "necessidade dos indivíduos de verem seus direitos garantidos e a impossibilidade econômica do Estado de prestá-los, frente a escassez de recursos financeiros."¹⁴⁵

Para a autora, desse conflito tem-se a materialização da "Reserva do Possível" e a partir dela, o "Mínimo Existencial". Cujas soluções acaba por depender do Poder Judiciário, que

¹⁴³ BRASIL. CFRB/1988. Já citada.

¹⁴⁴ RECH, Simone Aparecida. A reserva do possível, o mínimo existencial e o poder judiciário. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3942>. Acesso em 10/11/2018.

¹⁴⁵ Idem. "Muitos dos direitos fundamentais, dependem de prestações positivas, ensejando gastos financeiros por parte do Estado, que por sua vez, enfrenta o problema da escassez de recursos públicos."

no caso concreto tem o dever de dar a melhor solução para o caso.¹⁴⁶ Isto seria desnecessário se o poder executivo junto com o legislativo tivesse agido à priori para evitar tal desequilíbrio com uma gestão política que atacasse as causas desse mal.

Para tanto, essa autora, comentando Canotilho, onde segundo este tal limitação de recursos públicos é um limitador fático a concretude dos direitos sociais "prestacionais". Portanto, a "reserva do possível" é um condicionante à "existência de recursos econômicos".

Segundo ela ainda tal doutrina, prega que não basta ter-se previsão legal, ainda que constitucional, para a efetiva prestação desse direito, sendo imprescindível dispor de "recursos materiais disponíveis para sua satisfação". O que também acaba por limitar as decisões judiciais por incapacidade "funcional necessária" de efetivação das suas decisões neste sentido, caso do Direito do Trabalho, ainda que seja considerado garantista não avança esse limitador.

Nesse sentido, Rech aduz sobre a divisão doutrinária da Reserva do Possível em 03 (três) linhas, sendo aceito pela primeira que por se tratar de um direito fundamental, devem receber a tutela jurídica imediata. A segunda, admite que somente os direitos negativos tem essa condição, posto que, os positivos demandam recursos, portanto, sujeitos a reserva do possível. Já a terceira defende a aplicação do "mínimo existencial", donde se extrai um núcleo de direitos positivos "garante" desse mínimo existencial, portanto imediatamente tutelável, e os demais pendentes da reserva do possível.¹⁴⁷

No contexto do Mínimo Existencial, essa autora apresenta o que a doutrina tem de mais profícuo sobre esse tema. Assim, ela diz que Gustavo Amaral afirma que ante ao caso concreto os juízes e tribunais, devem decidir sobre a efetividade e eficácia da norma, de forma fundamentada considerando os custos relacionados e o recurso envolvido, deixando de lado apenas a pertinência da escassez, mas também considerando elementos éticos e políticos, para que um maior número de pessoas sejam beneficiadas, com tal decisão judicial.

No mesmo tema, agora referindo Ana Paula de Barcellos, que entende ser dever do Judiciário determinar o atendimento ao mínimo existencial "independente de qualquer coisa", "por força das normas constitucionais sobre a dignidade da pessoa humana," que chamou de

¹⁴⁶ Idem. "Há um conflito entre a necessidade de intervenção do Estado para a garantia dos direitos fundamentais e a impossibilidade financeira desse."

¹⁴⁷ Idem. "Quanto a primeira posição, como são direitos garantidos pela lei máxima de um país, devem ser sempre, observados e garantidos, por possuírem aplicação imediata." "A segunda reporta-se a própria teoria da reserva do possível, devendo-se contudo acrescentar que trata-se de posição sem base sedimentada, na medida em que não são somente os direitos positivos que exigem um gasto recursos materiais, em que pese para sua garantia ser maior o custo."

"eficácia simétrica ou positiva." Neste ponto, é divo ao Judiciário satisfazer "opções políticas juridicizadas" as que versarem além do mínimo existencial. A autora ainda firma que não ofende a separação dos poderes, a decisão do Poder Judiciário atinente a preservação da dignidade da pessoa humana, determinando ao Executivo que garanta efetividade dos princípios básicos necessários. Cujo fundamento, ela encontra, no artigo 3º, da CRFB de 1988, pois tais objetivos também afirmam ser do Poder Judiciário, o único que não pode se dobrar aos demais poderes.

Ela ainda, com razão, discute a relação do Estado em moldes do direito privado, discutindo o vínculo estatal aos direitos fundamentais necessários serem atingidos, mesmo que em uma relação privada. Posto que, citando F. Fleimer, *in verbis*:

Quando o Estado e entidades da administração para-estatal assumem materialmente funções públicas, não é admissível que 'refugiando-se no direito privado', possam subtrair-se áquelas vinculações aos direitos fundamentais que, em virtude da constituição de Estado de Direito vigente, se aplicam no cumprimento das funções públicas.¹⁴⁸

Assim sendo, a autora ainda conceitua o mínimo existencial, como sendo "um conjunto de direitos básicos formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana, garantidos pelo poder público, independentemente de recursos orçamentários."

Além dos já apresentados, Rech apresenta Gustavo Amaral, que não comunga ser possível diferenciar um "núcleo essencial de direitos", relativo ao mínimo existencial, por induzir a uma condição binária: "exigível *versus* não exigível", bem como de difícil definição dos seus parâmetros, levando em conta as características de cada local e condições econômicas e social dos mesmos. Indo além para negar a "unidimensionalidade do enfoque, pois a exigibilidade decorreria, além das características ônticas da necessidade, da excepcionalidade da situação concreta."

Bem como faz referência a Canotilho (1997), em relação ao "núcleo básico de direitos sociais", que para ele o ("rendimento mínimo garantido", as "prestações de assistência social básica", o "subsídio de desemprego", são verdadeiros direitos sociais), formando assim o aduzido núcleo mínimo "de existência indispensável à fruição de qualquer direito."

¹⁴⁸ Idem. "Assim, as vinculações que se reclamam em relação a todos os direitos sociais mostram-se indispensáveis para vim de garantir os direitos conquistados ao longo dos tempos pela sociedade, e fazem parte da esfera da dignidade da pessoa humana."

No mesmo sentido, Rech, comentando Alexy, deixa claro que para esse autor é possível se encontrar ideias que contemplem ambos entendimentos apresentados, chamando a ponderação para trazer solução ao caso. Para Alexy, segundo Rech, os direitos fundamentais gozam de elevada relevância e por isso, não podendo ficar, exclusivamente, na vontade parlamentar. Portanto, devendo ter maior peso os direitos individuais do que matéria orçamentária, definidora da Reserva do Possível ou do Mínimo Existencial. Nesse sentido, Rech afirma que Alexy considera, *in verbis*:

[...] ser necessário a existência de um padrão mínimo de existência digna a ser garantido por meio dos direitos sociais fundamentais, e ainda, que quando houver conflito entre o princípio da reserva do possível e o princípio democrático, de vê sempre prevalecer o reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais básicas, indispensáveis a uma vida digna."

Ainda mais, segundo Rech, colacionando o que Sarlet afirma sobre esse assunto, para este importa considerar o que dispõe o art. 5º, § 1º da CRFB de 1988, que eleva a eficácia dos Direitos Fundamentais. Para concluir que, *in verbis*:

[...] em todas as situações em que se estiver pleiteando a prestação de direitos fundamentais e for usado o argumento da reserva do possível e Ainda, quando nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes resultar a prevalência do direito social prestacional, poderá ser reconhecido um direito subjetivo, podendo-se impor ao Estado, inclusive sob a esfera judicial, a realização da prestação das condições materiais necessárias. [...].

Por fim, e tão importante quanto os já apresentados, Rech compartilha o entendimento de Ana Paula de Barcellos, *in verbis*:

[...], cumpre-se frisar se reconhece a eficácia jurídica positiva e portanto, constitui um direito exigível diante do Poder Judiciário, é composto por quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Afirma pois, que a escolha destes como integrantes do mínimo existencial não foi orientada por critérios aleatórios nem meramente normativistas é que os dois primeiros formam um primeiro momento da dignidade humana, garantindo as condições iniciais para a dignidade. [...].

Portanto diante do exposto infere-se que não é unânime a condição de exigência legal ao atendimento do Mínimo Existencial, sem contudo, desconsidera a limitação da Reserva do Possível. No entanto, ver-se no cenário nacional, como já apresentado nesse estudo, ter-se a

alegação, para toda demanda contra a fazenda pública, da Reserva do Possível para eximir-se da prestação estatal aos direitos sociais.

Por fim, resta evidente que é dever do Estado, bem como, dos meios de produção, a obrigação de atendimento aos direitos sociais, ainda que não elevados a condição de fundamentais ou cláusulas pétreas, visto que, é função última estatal e da propriedade a consecução da função social. O que por si só assegura a possibilidade de um salário mínimo adequado e suficiente para atender ao disposto no art. 7º, IV da atual CRFB, mesma que estejamos falando de terceirização ou prestação de serviços.

Nesse sentido, já em termos finais deste trabalho, ainda se faz mister discutir os efeitos da atual Reforma Trabalhista sobre os Direitos Trabalhistas, sobre a realidade econômica brasileira para os trabalhadores submetidos a essa nova Lei. Que para tanto, considerar-se-á o que se tem veiculado pela doutrina, jurisprudência e meios de comunicação sobre esse tema, face, ao tempo de aplicação desta lei.

3 A REFORMA TRABALHISTA E IMPLICAÇÕES AOS DIREITOS TRABALHISTAS

Considera-se a Lei da Reforma Trabalhista que fundamentalmente alterou direitos e princípios, já bem pacificado na jurisprudência brasileira atinentes a CLT, caso da Súmula 331 do TST, da rescisão do Contrato de Trabalho, e do Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho. Por conta disso, cabe a análise dos efeitos desses direitos alterados, verificando se houve prejuízo e sua intensidade ao trabalhador regido por essas regras do Direito do Trabalho, partindo-se da comparação com os direitos sociais que foram perdidos com essa reforma. Bem como discutir-se-á, como via reparatória de possíveis perdas aos trabalhadores, a possibilidade de reformar o entendimento do princípio da reserva do possível para atender ao art. 7º da CFRB de 1988.

Sobre esse tema é imperioso considerar o que Delgado (2006)¹⁴⁹, apresenta como "desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho". Que na atual conjuntura econômica prioriza-se o sistema capitalista neoliberal em detrimento desse instituto do Direito brasileiro. Posto em condição de entrave ao crescimento econômico, quando se posiciona contra o "rebaixamento do preço da força de trabalho", donde surge o interesse por sua "reformulação".¹⁵⁰ Assim ensina:

A desregulamentação é fenômeno abarcado pela ideologia neoliberal, fundado na subsistência de um Estado mímico que exige que o Estado deixe de regular questões sociais, inclusive as de cunho trabalhista, em prol da regulação autônoma privada, individual ou coletiva.

É bem o que se percebe na última grande reforma trabalhista no Brasil, que pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, foi posto à prova, por muitos assim entendido, como a realização dos interesses capitalistas, *in verbis*:

Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. (gn).¹⁵¹

¹⁴⁹ DELGADO. Gabriela Neves. Obra já citada. p. 194 a 202.

¹⁵⁰ Idem. p. 194.

¹⁵¹ DOU de 14.07.2017. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Já citada.

Assim, em um tom profético, Delgado já se posicionava, *in verbis*¹⁵²:

Já a flexibilização dos direitos trabalhistas perfaz-se na atenuação do suposto rigor e imperatividade das normas jurídicas, mediante negociação coletiva. É fenômeno que permite a reformulação de cenário jurídico mais maleável sob o ponto de vista dos contratantes trabalhistas, em especial do empregador. [...]

Hoje, inclusive, já é considerado tema de razoável extensão bibliográfica cujas reflexões teóricas enunciam diversos significados, todas elas destacando a necessidade de adequação e adaptação do Direito do Trabalho à nova realidade de gestão empresarial. O que significa reduzir a rigidez nas relações trabalhista em favor da ampla autonomia das partes contratantes.

O que falaria se não fosse profético, posto que essa lei da reforma trabalhistas trouxe à vigência normativa, justamente a possibilidade, entre outras, agora legal, dos pontos que em 2006 já eram vistos como precarizadores dos direitos trabalhistas, como se percebe no quadro comparativo a baixo:

Assunto	Antes da Reforma	Pós Reforma	Dispositivo
Rescisão do Contrato de Trabalho	Sem previsão	Rescisão do Contrato de Trabalho: O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que o aviso-prévio indenizado e a indenização sobre o saldo do FGTS (40%) serão devidos por metade e as demais verbas trabalhistas na integralidade; A extinção do contrato de trabalho por acordo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS, limitada até 80% do valor dos depósitos, contudo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.	Artigo 484-A do CLT
O que pode ser negociado em Acordo Coletivo e Convenção Coletiva	Sem previsão	A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho (empregador e empregados) têm prevalência sobre a lei, prevalecendo sobre os seguintes pontos: <ul style="list-style-type: none"> • pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; • banco de horas anual; • intervalo intrajornada; • adesão ao Programa Seguro-Emprego; • plano de cargos, salários e funções; • regulamento empresarial; • representante dos trabalhadores no local de trabalho; • teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; • remuneração por produtividade; • modalidade de registro de jornada de trabalho; • troca do dia de feriado; • enquadramento do grau de insalubridade; • prorrogação de jornada em ambientes insalubres; 	Artigo 611-A da CLT

¹⁵² DELGADO. Gabriela Neves. Obras já citada. p. 195.

		<ul style="list-style-type: none"> • prêmios de incentivo em bens ou serviços; e • participação nos lucros ou resultados da empresa. 	
Prevalência dos Acordos Coletivos sobre as Convenções Coletivas	As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo.	As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.	Artigo 620 da CLT

Portanto, resta claro a precarização do Direito trabalhista, bem como ficou sopesado a inconstitucionalidade, até então predominante na jurisprudência trabalhistas, tal como a Súmula 331 do TST, dos direitos e garantias fundamentais sociais atinentes aos direitos ao trabalho digno e condições de trabalho mais favorável ao trabalhador.

Ainda sobre esse tema, é oportuno trazer a opinião¹⁵³ na “Revista Consultor Jurídico”, de 13 de novembro de 2018, por Gago, *et al*, trata-se de uma perspectiva jornalística e de fora desta pesquisa, por isso é salutar considerar o que percebe sobre esse tema, que para o jornalista a "reforma trabalhista", tinha por fim "atualizar a legislação, desburocratizar as relações de trabalho e, principalmente, gerar mais emprego."

Tal reporte aqui neste caso reflete bem a opinião da mídia sobre um assunto de interesse público, e geralmente a população fica com essa impressão veiculada, que fortalece o senso comum, então vale observar em sua pesquisa que no âmbito das distribuições forenses ocorreu a redução substancial na quantidade de processos protocolados, bem como as Petições Iniciais que estão sendo apresentadas de forma mais consciente, constando pedidos de forma enxutos e viáveis no plano material e processual, haja visto a previsão legal, trazida pela reforma, da possibilidade de honorários sucumbências a serem pagos pela parte perdedora, fato que impede em tese um acesso à justiça do trabalhista. Tal fato para este trabalhador da mídia brasileira isto deve ser comemorado, pois o judiciário trabalhista tem se ocupado com inúmeros processos, "efetivamente", de violação de direitos, afastando tentativas de demandar jurídicas, reduzindo a carga de trabalho dos juízes.

Na visão desse repórter, também é ponto de muita tensão a questão da última decisão do STF liberando a terceirização da "atividade-fim", o que eliminou as interpretações subjetivas do Poder Judiciário. No entanto, na pesquisa do repórter, as cortes trabalhistas estão deixando de aplicar a todas as demandas esse entendimento, notadamente, quando a prestação do serviço deu-se na vigência da lei anterior, o que torna a Súmula nº 331 do TST ainda em boa aplicabilidade.

¹⁵³ GAGO, Eliane Ribeiro, et al. Revista Consultor Jurídico. Um ano depois, reforma trabalhista ainda exige cautela do judiciário e das partes. 13 de novembro de 2018, 15h36.

Ainda tem prevalecido os acordos individuais e o acordo extrajudicial, em certos casos, em detrimento da participação sindical, como advento dessa reforma. Entretanto a justiça, nesse tema, tem se restringido a homologar os acordos, sem contudo discutir o mérito relação jurídica, o que acaba por gerar "insegurança jurídica e a continuidade do ajuizamento de centenas de processos discutindo vínculo de emprego", dos mesmos casos que anteriormente usou a estrutura judiciária para, apenas, homologar a matéria especificadas no acordo.

Mas como na época da matéria reportada ainda não existia a visão das várias ações de inconstitucionalidade que seriam propostas. Hoje claro está que muita coisa ainda está por vir, e outros fatos continuam *subjudice*.

No mesmo sentido sobre essa temática, porém em perspectiva dos operadores do Direito, é oportuno trazer o que está postado na Revista Consultor Jurídico, de 11 de novembro de 2018, por Gabriela Coelho¹⁵⁴, que para ela a reforma apresentou inúmeras alteração para as relações trabalhistas, privilegiando acordos e maior rigor aos que procuram o Judiciário. Mas, que "ela ainda divide a comunidade jurídica quanto à sua abrangência." Esta matéria buscou a opinião de vários advogados atuantes nos maiores escritórios brasileiros, sobre essas questões.

Donde se extrai as pertinentes respostas dos advogados sobre esse tema, que na análise desta pesquisa guarda relação:

A redução, considerável, de novos processos trabalhistas; a percepção comum de que o Direito do Trabalho teria seu fim, não se concretizou; a reforma veio para ficar e para modernizar a legislação trabalhista e o STF já vem chancelando isso ao julgar questões polêmicas como a terceirização de atividade-fim; a reforma pacifica alterações que fomentaram a geração de trabalho e a segurança jurídica das empresas; ao privilegiar os acordos, permitiu-se que empregados e empregadores cheguem a solução mais justa para cada situação específica; a maior vantagem é a flexibilização da intervenção do Estado no sentido do parcelamento de férias, desburocratização do seguro desemprego etc.; a reforma era necessária para acompanhar o desenvolvimento das relações de trabalho nos últimos 75 anos, no sentido de já se ter na informalidade no Brasil, a prevalência das normas coletivas; em tom de não se ter alcançada com a reforma está a geração de dois milhões de "postos de trabalho", anunciado para os dois primeiros anos, no entanto, "um ano depois", a realidade é que "pouco mais de 300 mil postos foram criados; justifica-se a frustração da geração de postos de trabalho, isso se deve ao fato de que não é a flexibilização ou a precarização de direitos dos trabalhadores que geram aumento de postos de trabalho; [...] o que gera aumento de postos de trabalho é o crescimento da economia do país, a diminuição da carga tributária em cima das empresas e a desoneração de folha de pagamento, isso faz com que a empresa cresça."¹⁵⁵

^{154,155} COELHO, Gabriela. Revista Consultor Jurídico. Um ano depois, reforma trabalhista ainda divide comunidade jurídica. 11 de novembro de 2019, 10h29min. Vide <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-11/ano-depois-reforma-trabalhista-ainda-divide-comunidade-juridica>>.

Assim sendo, do exposto neste capítulo é possível inferir que era necessário e já esperado pela doutrina e jurisprudência a flexibilização dos direitos trabalhistas, porém não se conhecia em que profundidade e seus efeitos, visto que já em 2006, Delgado citando Delgado o "jus laborista", registrou que a ideia geral flexibilizatória vem desde o final dos anos 80, já com a Carta Cidadão de 1988, deu-se a retirada do Direito Individual do Trabalho "a rigidez intocável que caracterizava suas normas ao longo das décadas anteriores". Desse texto a autora afirma segundo a citação que se trata de um novo modelo jurídico e democrático, que a Carta Magna assim autoriza.

3.1 Terceirização e implicações no setor da saúde pública.

Convém ressaltar a terceirização como feito até o presente momento carece de ser repensada e se for preciso, sofrer alterações com a persistência dos mesmos problemas de ordem econômica, sociais e de direitos trabalhistas relacionados aos trabalhadores em vários aspectos, tais como: dignidade da pessoa humana, segurança jurídica nas relações de emprego, estabilidade das relações sociais e remuneração condizente com os serviços prestados.

Os serviços essenciais da saúde carecem de ser “contínuos”, e enquanto serviço público não deve ser confundido como fomento ou planejamento, a constituição brasileira garante que mesmo tendo o serviço público conteúdo econômico, este possui atividade distinta e de suma importância, com regime jurídico de direito público e submetida as regras de direito administrativo. E a consecução do interesse público é deve primário do Estado. Portanto, o interesse privado não pode prevalecer sobre o público e figuras desprovidas de razoabilidade não devem prevalecer.

Inserir no serviço da saúde prestadores de serviço seja na área meio ou fim sem garantir segurança jurídicas diversas, privilegiando apenas a atividade econômica própria de entidades particulares que buscam no primeiro momento interesses exclusivos destes, põe em risco o interesse público e vulnera a todos os trabalhadores do setor em questão e pode gerar abuso do poder econômico.

E nesse processo o texto constitucional deve ser o parâmetro para todo o desenvolvimento dessas ações políticas, e no caso da terceirização da saúde o princípio do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser observado estritamente no plano dos contratos, pois deve haver uma justa remuneração do capital público investido e por consequência uma melhor qualidade dos serviços contínuos prestados em favor dos usuários, que pagam direta ou indiretamente pelos serviços prestados enquanto contribuintes. E o serviço em tela continua sob a

proteção do art. 175 da CRFB de 1988, ou seja, sendo público ainda que seja prestado por pessoa jurídica de direito privado.

Por todo o exposto acima, notório é que terceirizar área fim ou meio no setor da saúde, tem mostrado os reflexos da precarização do trabalho, inseguranças jurídicas, violações contra o ente obreiro, e até o presente momento nenhum modelo utilizado teve sucesso pleno, no processo que torna a prestação do serviço de saúde um grande contrato em nosso país, pelo contrário, a proteção do usuário do sistema de saúde com todas essas mudanças e prestação de serviço terceirizado só diminui e sofre degradações contínuas.

3.2. Expansão da terceirização na saúde do Distrito Federal e suas críticas

Após a terceirização do maior hospital do DF, e sem considerar a opinião pública sobre o modelo que em muito ainda deixa a desejar em termos de prestação de serviço eficaz e eficiente, a gestão decide mandar para Câmara Legislativa projeto que foi aprovado com facilidade para estender o IGESDF (Instituto de Gestão Estratégica do Distrito Federal), que não se identifica nem como O.S e muito menos como uma OSCIP, sendo um espécie híbrida, com personalidade privada e prestando serviço público com orçamento do Governo do Distrito Federal, tendo como único órgão de controle interno no âmbito da administração pública, apenas uma comissão localizada na Câmara Legislativa, os únicos dados repassados até o presente momento são relatórios de produtividade e serviços prestados, estes segundo meu olhar como servidor lotado na saúde não condizentes com os fatos relatados pelos usuários e alguns servidores de setores como: ortopedia, cirurgia e pediatria.

Ou seja, podemos estar diante de relatórios dotados de uma “maquiagem” que dificilmente será questionada por outros órgão de controle, que não vivenciam a realidade que se passa nesses nosocômios ou UPAS (Unidade de Pronto Atendimento).

A votação se deu conforme processo legislativo prescrito em 02 (dois) turnos, aprovada seguiu para sanção, e agora 06 (seis) UPAS e o Hospital de Santa Maria serão administrados pelo Instituto. O líder do governo na casa legislativa, disse que o projeto não interfere com os servidores, mas de fato isso não é verdade, causa segregação entre os efetivos e os celetistas, que recebem muito menos para realizar os mesmos serviços, em condições ainda mais precárias. Pode-se observar que os teóricos da terceirização como Gabriela N. Delgado e outros estão completamente certos em suas críticas contra esse modelo de contratação.

O projeto foi aprovado sem um relatório de gestão anterior, não se debateu com a sociedade em geral, os resultados observados no Hospital de Base ainda são muito tímidos perto das demandas existentes.

3.3 Forças políticas e jurídicas à favor da terceirização da saúde no Distrito Federal.

Mesmo antes no anterior governo, o Ministério Público ainda tentou impedir que se estabelecesse um sistema de terceirização sem estudos ou dados concretos, mas não obteve êxito, e durante a votação para expansão do IGES sobre outros hospitais todas as ações judiciais interpostas por legitimados ou interessados no assunto não prosperam no TJDF, ou seja, tudo ficou à cargo dos poderes legislativos e executivo. Observando-se assim um grande interesse político e econômico sobre o assunto em tela.

O Instituto, tem tido êxito em poucos assuntos na área da saúde, como por exemplo na comprar de insumos e materiais, mas em deixa a desejar quando faz seleções de mão de obra em processos sem lisura e transparência, na cidade satélite de Santa Maria podemos observar que maioria dos contemplados no certame tem ligações com indicações políticas de políticos da região, recentemente eleitos.

Concluindo, vale lembrar que nos termos da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) e da Constituição Federal cabe à iniciativa privada apenas a participação complementar na prestação dos serviços de saúde. A terceirização só pode ocorrer quando for demonstrada indisponibilidade de recursos para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o que o Distrito Federal ainda não demonstrou, ante as irregularidades constatas no relatório do TCDF (Tribunal de Contas do Distrito Federal).

Ante o exposto precisamos lembrar de tudo que já se fez nesta pesquisa, e considerar que terceirizar serviços de saúde na área fim é sem dúvida algo de suma importância, e nessa jornada muito ainda terá que ser observado e avaliado nesse processo, e o Estado tem obrigação frente ao que está disposto na Constituição e leis infraconstitucionais garantir proteção social aos trabalhadores, e continuidade de serviços essenciais e públicos.

CONCLUSÕES

O Estado utilizando-se do argumento que a gestão pública tem demonstrado incompetência em gerir determinados setores dos serviços públicos, e sob interferências externas e internas, sendo maioria delas controladoras dos meios de produção, decidiu terceirizar várias atividades laborais, sendo a saúde uma dessas, desconsiderando todo um quadro de precarização do Direito Trabalhista enquanto ramo especializado do Direito e ratificando reformas trabalhista e leis que contradizem o texto constitucional em vários aspectos como ficou atestado nesta monografia.

O Estado Democrático de Direito precisará se posicionar em breve sobre esta tensão existente entre o liberal e o social, para então poder se impor como um país que deve crescer e se desenvolver sem abrir mão de direitos e garantias individuais. E diante desse conflito, o Direito Trabalhista e terceirização vão precisar chegar em um consenso, qual seja, terceirizar dentro das limitações impostas pela Constituição, função social da propriedade e da empresa, onde o interesse público deve sempre prevalecer para o bem-estar social.

Princípios devem ser preservados para garantir uma justiça sócio-política adequada em todos os aspectos de respeito aos direitos e deveres a todos impostos no contrato social vigente, e a dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer e não ter conotação inócuo ou infrutífera, nossa Constituição da República abarcou este princípio e busca efetivar o mesmo desde sua promulgação em 1988, e grandes avanços já foram feitos na área trabalhista como a pretensão de se ter um trabalho digno como direito fundamental e com valor agregado dotado de uma garantia individual e social para cada trabalhador.

Os direitos sociais devem ser vistos pelo exposto nessa monografia como cláusulas pétreas, afastando desse modo qualquer tipo de retrocesso, tais como: flexibilizações trabalhistas, limites ao poder de reforma e assimetrias entre os entes obreiro e econômico.

Com as 03 (três) décadas da nossa Constituição da República Federativa do Brasil, muito ainda temos que aprender sobre a ordem econômica e reserva do possível seguida do mínimo existencial, a ordem econômica não pode ser mantida a qualquer custo, e o liberalismo deve sofrer as intervenções necessárias para garantir dignidade e valor ao trabalhador, que pode ser visto como um produto ou coisa que instrumentaliza o lucro, o mínimo existencial deve ser mantido para todos em sociedade, um setor como a saúde deve ser tratado com todo o cuidado possível, tanto para quem nela labora quanto para quem dela recebe serviços. E citando Ricardo Antunes que afirma que não pode a terceirização gerar a informalidade que quiser, ela não é a regra, é sim a exceção,

e mesmo que se mostre dominante no universo empresarial, não podemos aceitar a desconstrução do trabalho, seja na saúde ou em qualquer outra área profissional. Assim também como o trabalhador terceirizado carece de um tratamento digno e seguro, com uma remuneração que lhe proporcione bem-estar social, mas esta realidade ainda está distante, pois o trabalhador terceirizado é vulnerável na relação de trabalho e principalmente aqui no Brasil onde é visto como um mercadoria literalmente, as consequências dessa relação de trabalho só poderá ser medida adequadamente em alguns anos, mas não há dúvidas de que tendências já estão delineadas, a reversão desse quadro ainda se concentra nas lutas coletivas da classe trabalhadora, que não pode tardar.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em 27/10/2019.

BRASIL. LEI Nº 13.429, DE 31 DE MARÇO DE 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acessado em:

10/11/2018.

BRASIL. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Decreto-Lei N.º 5.452, De 1º De

Maio De 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

Acesso em: 28/11/2019.

REDAÇÃO. CARTACAPITAL. Política. STF autoriza terceirização irrestrita. Disponível em:

<<https://www.cartacapital.com.br/politica/stf-autoriza-terceirizacao-irrestrita>>. Acessado em:

10/11/2019.

BARBOSA, Rui. 1849-1923. **O Liberalismo e a Constituição de 1988: textos selecionados de**

Rui Barbosa; organização de Vicente Barretto. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. (Cadastro

BCE – 342.4:329.14 (81) B238L

COSTA, Lucas Sales da. **Uma análise dos direitos sociais nos 25 anos da Constituição Federal de 1988: desafios, limites e possibilidades.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 abr. 2014.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47740&seo=1>>. Acesso

em: 27 out. 2019.

COELHO, Gabriela. **Revista Consultor Jurídico.** Um ano depois, reforma trabalhista ainda

divide comunidade jurídica. 11 de novembro de 2018, 10h29. Disponível em: <

[https://www.conjur.com.br/2018-nov-11/ano-depois-reforma-trabalhista-ainda-divide-](https://www.conjur.com.br/2018-nov-11/ano-depois-reforma-trabalhista-ainda-divide-comunidade-juridica#author)

[comunidade-juridica#author](https://www.conjur.com.br/2018-nov-11/ano-depois-reforma-trabalhista-ainda-divide-comunidade-juridica#author)>. Acesso em: 15/11/2019.

DELGADO, Mauricio Golinho, et al. **Direito do trabalho e direito da seguridade social.** São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais; v. 6).

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006.

256 pg. (BCE código 331;34 D352d)

DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: reflexões de estudantes da graduação do curso de Direito da Universidade de Brasília/Gabriela Neves Delgado**, [organizadora]. – Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2018. 103 p. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y9kn5gjf>>. Acesso em 19/11/2019.

GALGARO, Fernanda e VIVAS, Fernanda. G1 e TV Globo - Brasília. 07/11/2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/07/camara-aprova-texto-base-da-mp-que-cria-programa-de-incentivos-ao-setor-automotivo.ghtml>>. Acessado em: 01/11/19.

SILVA, Alexandre Vitorino da, (et. Al). 2003. **Estudos de direito público: direitos fundamentais e estado democrático do direito**. Porto Alegre: Síntese, 2003, 275 p. ISBN: 85-88680-33-5 (Cadastro Biblioteca – 342 (81) S586e

GAGO, Eliane Ribeiro, et al. **Revista Consultor Jurídico**. Um ano depois, reforma trabalhista ainda exige cautela do judiciário e das partes. 13 de novembro de 2018, 15h36. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-13/opiniao-ano-depois-reforma-trabalhista-ainda-exige-cautela?>>>. Acesso em: 13/11/2019.

FILHO, Gerardo Alves Lima. 2017. 10 razões que demonstram a inconstitucionalidade da terceirização irrestrita. Disponível em: < <https://gerardoalves.com.br/artigos/444193699/10-raozes-que-demonstram-a-insconstitucionalidade-da-terceirizacao-irrestrita>>. Acesso em 01/12/2019

GUEDES, Marco Aurélio Peri. 1998. **Estado e ordem econômica e social: a experiência constitucional da república de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. ISBN 85-7147-098-7. (Castro BCE – 342.4 (430:81) G924e

JUÍZES do Trabalho no Rio Grande do Sul. *Aspectos dos direitos sociais na nova Constituição*. Coordenador Ricardo Carvalho fraga. São Paulo: LTr, 1989. (Cadastro BCE – 342.4:331 (81) (094) A838d

NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. **A ordem econômica e financeira e a nova constituição**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989. 180 p. (Cadastro BCE – 342.4:330 (81) (094) N244o.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972. Xiv 159 p. (Cadastro BCE – 342.4:330 (81) (094) C331o

GRAU, Eros Roberto. 11ª Edição. **A Ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). São Paulo, Malheiros Editores Ltda. 2006. (Cadastro BCE – 342.4:330 (81) (094) G774o

TEIXEIRA, Ricardo Luís de. 2010. **Os princípios a Constituição Federal de 1988**. Brasília: OAB Editora, 2010. 344 p. ISBN 978-857966000-9. (Cadastro BCE – 342.4 T266p

MAFRA., Francisco. **Direito do Trabalho: conceito, características, divisão, autonomia, natureza, funções**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 28, abr 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=981>. Acesso em ago 2019.

Tv Justiça Oficial. Saber Direito - Aula Magna com Ministro do STJ, Luiz Felipe Salomão. Publicado em 22 de out de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=juT2CJOK-d4&t=2345s>>. Acesso em: 27/10/2019.

SCARTEZZINI, Ana Maria. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo-SP: Malheiros Editores, 2006.

ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. **A terceirização como regra?** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 214-231, out./dez. 2013.